

DISPOSITIONSMÖGLICHKEITEN
DER PARTEIEN
IM ZIVILPROZESS

von

Reinhard Künzl

aus Pressath

Disbui. Erlangen

1986



DISPOSITIONSMÖGLICHKEITEN DER PARTEIEN IM ZIVILPROZESS

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Reinhard Künzl
aus Pressath

Referent: Prof. Dr. Karl Heinz Schwab

Dekan: Prof. Dr. Helmut Lecheler

Tag der mündlichen Doktorprüfung: 2.7.1986

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

§ 1 Aufgabenstellung	1
Erster Hauptteil: Disposition über Tatsachen	
§ 2 Grundlegung	7
I Die Aufgabenverteilung im Zivilprozeß	7
II Der Tatsachenbegriff	12
III Dispositionen der Parteien	13
§ 3 Verhandlungsmaxime und Zivilverfahren	15
I Begriffserklärung	15
1. Der Verhandlungsgrundsatz	15
2. Die Dispositionsmaxime	16
3. Untersuchungsgrundsatz und Officialprinzip	17
II Übersicht über die kontroversen Auffassungen	20
1. Die überkommene liberale Meinung	21
2. Die Begründung <u>Schönfelds</u>	22
3. Das soziale Prozeßverständnis	23
a) Die ersten Kritiker der Verhandlungs- maxime	23
b) Die Auffassung von <u>Bernhardt</u> und <u>Boehmer</u>	25
c) Die Vertreter einer Kooperationsmaxime	26
d) Die Auffassung von Weyers	30
4. Maximenkritik Bomsdorfs	32
§ 4 Die Parteifreiheit in historischen Verfahren	45
I Der römische Zivilprozeß	45
1. Das Legisaktionsverfahren	45
2. Der Formularprozeß	47
3. Der Kognitionsprozeß	48
4. Ergebnis	49
II Der germanische Zivilprozeß	54
III Der italienisch-kanonische Prozeß	57
IV Der Kammergerichtsprozeß und das sächsische Verfahren	59

	Seite
1. Der Kammergerichtsprozeß	59
2. Der sächsische Prozeß	59
V Der gemeine Prozeß	62
VI Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung	64
VII Ergebnis	65
§ 5 Parteifreiheit im heutigen Zivilprozeß	66
I Geltung einer reinen Verhandlungsmaxime	66
II Geltungsgrund der Parteiherrschaft (ideologische Begründung)	69
1. Parteifreiheit im Prozeß aus Ausfluß der demokratischen Staatsidee	69
2. Parteifreiheit als Parallele zur Privat- autonomie	71
a) Parteifreiheit und Freiheit des einzel- nen	71
b) Parteifreiheit und Verfassung	72
3. Verhandlungsmaxime und Zweckmäßigkeit	74
III Durchbrechung der Verhandlungsmaxime?	83
1. Richterliche Frage- und Erörterungs- pflicht (§ 139 I ZPO)	83
a) Überblick über die Argumente der Kritiker	84
b) Beschränkung der Parteimacht	85
(1) Einführung	85
(2) Sachverhaltsermittlung durch das Gericht	86
(3) Verhandlungswürdigung bei unter- bliebener Aufklärung?	88
(4) Freie Verteilung von Aufklärungs- beiträgen?	94
2. Anordnung des persönlichen Erscheinens (§ 141 ZPO)	96
3. Urkunden- und Aktenvorlegung (§§ 142, 143 ZPO)	100
a) Verlangen der Urkundenvorlegung	101
b) Konsequenz bei Mißachtung der Anordnung	102
4. Sachverständigenbeweis und Augenschein (§ 144 ZPO)	104
5. Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO)	106
6. Sonstige, eine Sperrbefugnis der Parteien ausschließende Vorschriften	108

IV Die Verhandlungsmaxime im Prozeßablauf	130
1. Verfahrensablauf und Parteifreiheit	130
2. Verhandlungsmaxime und Verfassung	132
3. Richtermacht und Parteifreiheit	134
4. Ergebnis	135

§ 6 Prozeßzweck und Wahrheitspflicht	138
--------------------------------------	-----

I Vorbemerkung	138
----------------	-----

II Notwendigkeit eines Prozeßzwecks	140
-------------------------------------	-----

III Meinungsstand	142
-------------------	-----

1. Die Meinung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	142
---	-----

2. Der Meinungsstand in der Literatur	143
---------------------------------------	-----

a) Beginn wissenschaftlicher Befassung mit dem Prozeßzweck	143
--	-----

b) Der Streit nach dem heutigen Stand	144
---------------------------------------	-----

(1) Die liberale Prozeßauffassung	146
-----------------------------------	-----

(2) Das soziale Prozeßverständnis	147
-----------------------------------	-----

(2) Das soziologische Prozeßverständnis	147
---	-----

IV Stellungnahme	154
------------------	-----

1. Schutz subjektiver Rechte	154
------------------------------	-----

a) Verfahrensgestaltung und Schutz subjektiver Rechte	154
---	-----

b) Andere Zweckbestimmungen	155
-----------------------------	-----

c) Das Zweckverständnis <u>Luhmanns</u>	156
---	-----

2. Bewährung des objektiven Rechts	157
------------------------------------	-----

V Der Einfluß der Wahrheitspflicht	162
------------------------------------	-----

1. Diskussion der Wahrheitspflicht bis zur Novelle 1933	162
---	-----

2. Inhalt und Umfang der Wahrheitspflicht	163
---	-----

a) Sachlicher Umfang	164
----------------------	-----

b) Persönlicher Umfang	166
------------------------	-----

(1) Streitstand	166
-----------------	-----

(2) "Formelle" und "materielle" Wahrheit	167
--	-----

(a) Allgemeine Aufklärungspflicht als Untersuchung durch das Gericht	168
--	-----

(b) Die "neue Wahrheit" <u>Stürners</u>	168
---	-----

(c) Anerkennung nur einer Wahrheit	169
------------------------------------	-----

	Seite
(d) Stellungnahme	170
(aa) Dispositionsnormen	171
(bb) Beweislastentscheidungen und Präklusion	171
(cc) Materiell unrichtige Ur- teile	175
(dd) Motive der Dispositionen	175
(3) Ergebnis	178
VI Abschließende Würdigung	178
 § 7 Dispositionsrecht der Parteien und Umfang	 189
I Einzelne Dispositionsnormen	190
1. §§ 306, 307 ZPO	190
2. § 286 ZPO	190
3. § 256 II ZPO	191
4. §§ 138 III, 288 ZPO	192
II Verständnis der Dispositionsnormen	194
1. Bedeutung der Dispositionsnormen	194
2. Gerichtliches Ermessen bei der Auslegung nach einem parteilichen Geständnis oder Nichtbestreiten	197
3. Wissens- oder Willenserklärung	199
4. Ergebnis	202
III Behandlung von Einzelfällen	206
1. Disposition über einfache Tatsachen	206
a) Geständnis nicht erkannter Tatsachen	206
b) Geständnis fremder Tatsachen (facta aliena)	207
c) Bewußt unwahre Geständnisse	208
(1) Bewußtes Disponieren über eine fahr- lässig falsch aufgestellte Behaup- tungen	209
(2) Bewußtes Disponieren über bewußt falschen Sachvortrag	215
2. Dispositionen über offenkundige Tatsachen	216
a) Begriffe	216
b) Meinungsstand	217
c) Stellungnahme und eigene Lösung	218
(1) Rechtsbegründende offenkundige Tatsachen	220

	Seite
(2) Rechtsvernichtende und rechts- hemmende offenkundige Tatsachen	222
(3) Eigene Lösung	224
d) Ergebnis	
Zweiter Hauptteil: Dispositionen über Rechtsfragen	
§ 8 Einführung	238
I Begriff der Rechtsfragen	238
II Rechtsdispositionen der Parteien	240
III Grundlagen der Rechtsdisposition	242
§ 9 Überblick über die vertretenen Auffassungen	243
I Die Auffassung der Rechtsprechung	243
1. Einfache Rechtsfragen	243
2. Die Entscheidungen im einzelnen	244
a) Disposition über Rechte an Gegen- ständen	244
b) Stellung von Personen in der Gesell- schaft	246
c) Stellung einer Person als Erbe oder Pflichtteilsberechtigter	247
d) Auslegung von Verträgen und Willenser- klärungen	248
e) Vertragsschluß und Vertragswirksamkeit	250
f) Dispositionen über gesetzlich zwingende Folgen	253
g) Weitere Einzelfälle	255
h) Sonderproblem: Beschränkte Anerkennt- nisse	256
(1) Die höchstrichterliche Rechtspre- chung	255
(2) Die Rechtsprechung der Instanzge- richte	257
(3) Hilfsweise erklärtes Anerkenntnis	258
3. Grundlage der Dispositionen in Rechtsfragen	259
a) Einfache Rechtsverhältnisse	259
b) Beschränkte Anerkenntnisse	260
c) Sonstige Rechtsdispositionen	260
d) Zusammenfassung	261

	Seite
II Der Meinungsstand in der Literatur	268
1. Grundsätzliche Ablehnung einer Richterbindung	268
a) Die ältere Literatur	269
b) Die Auffassung <u>Häsemeyers</u>	269
c) Differenzierung nach einfachen und schwierigen Rechtsfragen	270
c) Grundsätzliche Ablehnung der Richterbindung mit Ausnahme einfacher Rechtsbegriffe und präjudizieller Rechtsverhältnisse	271
(1) Die Auffassung <u>Baumgärtels</u>	272
(2) Dispositionen nur über einfache präjudizielle Rechtsfragen	272
(3) Die ältere Auffassung <u>Lents</u> und <u>Heglers</u>	273
2. Weitergehende Dispositionsmöglichkeiten (grundsätzliche Anerkennung rechtlicher Parteiabreden)	274
a) Die Auffassung <u>Schlossers</u>	275
b) Die Auffassung <u>Baurs</u>	276
c) Die Auffassung von <u>Wolf</u> und <u>Arens</u>	278
d) Die Auffassung <u>Henckels</u>	280
3. Dispositionen bei Auslegung von Gesetzen und Willenserklärungen	281
a) Die Auffassung <u>Grunskys</u>	282
b) Die Auffassung <u>Würthweins</u>	282
4. Sonderproblem: Beschränkte Anerkenntnisse	284
a) Ablehnung einer Bindung	284
b) Annahme einer Bindung	284
c) Vermittelnde Auffassung	285
§ 10 Grundlagen einer Lösung aus dem Verfahrensrecht	295
I Rechtssätze, die auf die Zulässigkeit von Rechtsdispositionen hindeuten	295
1. Rechtsgeständnisse (§ 288 ZPO)	295
a) § 288 ZPO und Rechtsfragen	295
b) § 288 ZPO und "Rechtstatsachen"	297
c) § 239 IV ZPO	298
2. Teilanerkennnisse (§ 307 ZPO)	298
a) Historisches Verständnis des Anerkenntnisses	299
b) Weiter Anerkenntnisbegriff	299

	Seite
3. Ableitung einer Bindung aus den Ver- fahrensgrundsätzen	300
a) Die Verhandlungsmaxime	301
b) Die Dispositionsmaxime	301
c) Der Prozeßbetrieb	301
4. Zwischenergebnis	302
II Ausschußtatbestände für Rechtsdispositionen	305
1. Der Einfluß der Wahrheitspflicht	305
2. Die Stellung des Richters	306
a) Die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG, § 1 GVG)	306
b) Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG, § 1 GVG)	308
c) Die Würde des Gerichts	309
d) Das Rechtsprechungsmonopol (Art. 92 GG)	310
3. Der Satz "iura novit curia"	310
4. Zwischenergebnis	312
III Beurteilung der Bindung an Rechtsdispositionen aus dem Gesamtzusammenhang des Zivilverfahrens	317
1. Numerus clausus der Parteihandlungen	317
2. Möglichkeit zu Teildispositionen	317
3. Zwischenergebnis	319
§ 11 Herleitung der Rechtsdisposition aus anderen Grund- sätzen (Privatautonomie, Parteifreiheit)	321
I Vorbemerkung	321
1. Begriffserklärung	321
a) Privatautonomie	322
b) Die tatsächliche Parteifreiheit	323
2. Die Argumentation aus diesen Grundsätzen	324
II Motivation für rechtliche Parteidispositionen	328
III Rechtsdispositionen aus der Privatautonomie	331
1. Fortsetzung der Privatautonomie in den Prozeß	331
2. Kongruenz materieller und prozessualer Ver- fügungsbefugnis	332
a) Zweckbezogenheit des Prozesses	333
b) Kongruenz zwischen materieller Verfü- gungsfreiheit und prozessualer Dispo- sitionsbefugnis	334

	Seite
(1) Ausgangspunkt	335
(2) Gefahr einer unbeschränkten Dispositionsmöglichkeit	336
(3) Akzentverschiebung durch Rechtsdispositionen	337
(4) Rechtsdispositionen durch einvernehmlichen Tatsachenvortrag	339
4. Ergebnis	340
IV Rechtsdispositionen und tatsächliche Parteifreiheit	344
1. Argumentation aus der tatsächlichen Parteifreiheit	344
2. Tatsächliche Parteifreiheit und Verfahrensdispositionen	345
a) Tatsächliche Parteifreiheit und zwingendes materielles Recht	345
b) Tatsächliche Parteifreiheit im Verfahren	346
3. Tatsächliche Parteifreiheit und Prozeßzweck	347
a) Konfliktlösung als Prozeßzweck	347
(1) Bedeutung des Begriffes "Konflikt"	348
(2) Die Konfliktslage im Zivilverfahren	349
b) Konfliktlösung und Scheinprozeß	352
4. Ergebnis	353
V Dispositionen im Rechtsmittelverfahren	356
1. Rechtsmittelbeschränkung durch die Rechtsbegründung	356
2. Ausdrückliche Rechtsmittelbeschränkung	357
a) Die herrschende Ansicht	357
b) Zulassung einer Rechtsmittelbeschränkung	358
c) Die Auffassung des Kammergerichts	358
d) Stellungnahme	358
3. Ergebnis	361
VI Ergebnis	364
9 12 Dispositionen über Rechtstatsachen und einfache Rechtsfragen	365
I Abgrenzung einfacher und schwieriger Rechtsfragen	366
1. Umfang einfacher Rechtsfragen	366
2. Einfache Rechtsfragen und Disposition	367

	Seite
II Behandlung sog. Rechtstatsachen	369
1. Die Begründung der Beweisbedürftigkeit	371
a) Die Ansicht <u>Lents</u>	372
b) Kritische Würdigung	373
c) Eigene Lösung	374
2. Umfang der Rechtstatsachen	375
a) Die Definition <u>Nikisch'</u>	376
b) Der Tatsachenbegriff	377
3. Einzelfälle	377
a) Tatsächliche Zustände	378
(1) Beziehung von Personen untereinander	378
(2) Die Stellung von Personen in der Gesellschaft	378
(3) Beziehung von Personen zu Sachen	380
(a) Eigentum	380
(b) Pfandrecht	381
(c) Sonstige "Rechte" an Gegenständen, Rechten oder Forderungen	381
(d) Haltereigenschaft	382
b) Auslegungsfragen betreffend Verträge und Willenserklärungen	382
(1) Rechtliche Qualifizierung von Verträgen und Vertragswirksamkeit	382
(2) Auslegungsfragen	383
4. Zusammenfassung und Formulierung einer Lösung	383
§ 13 Beschränkte Anerkenntnisse	388
I Begriffserklärung	388
II Prozeßbeendigung durch Anerkenntnisse	389
1. Argumentation aus § 307 ZPO	389
2. Prozeßbeendigung durch das Anerkenntnis	389
a) Bejahung einer Prozeßbeendigung	390
b) Wortlaut und ratio von § 307 ZPO	391
(1) Antragserfordernis	391
(2) Sinn und Zweck der Regelung	393
(3) Zusammenfassung	393
c) Vergleich des Anerkenntnisses mit anderen prozeßbeendigenden Parteidhandlungen	394

	Seite
III Bindungsgrundlage beschränkter Anerkenntnisse	400
1. Materielle Abrede	400
2. Privatautonomie	400
3. Dispositionsmaxime und Verfahrensgestaltung	400
4. Beschränkte Anerkenntnisse als Tatsachen geständnisse	402
IV Ausnahmen	404
1. Hilfsweise erklärtes Anerkenntnis	404
a) Prozessuale Einwendungen	404
b) Materielle Einwendungen	407
2. Entscheidungsmöglichkeit auf Grund des An- erkenntnisses	408
a) Vorbehalt der Aufrechnung	408
b) Anerkenntnis in speziellen Verfahren	409
c) Anerkenntnis-Grundurteile	410
d) Anerkenntnis unter dem Vorbehalt be- schränkter Haftung	411
e) Anerkennen einzelner Klageansprüche	412
V Ergebnis	417
§ 14 Zusammenfassung der Ergebnisse	418

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die verwendeten Abkürzungen folgen den Vorschlägen von

Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
3. Aufl., von Hildebert Kirchner und
Fritz Kastner, Berlin/New York 1983

Abweichend bzw. ergänzend werden verwendet:

BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
CPO	Civilprozeßordnung
Fn	Fußnote
JBl	Juristische Blätter (österr. Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
RCPO	Reichscivilprozeßordnung
ÖZPO	Zivilprozeßordnung von Österreich
SCLl	Sozialdemokratisches Zentralblatt
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
Urt.	Urteil
ZP	Zivilprozeß
ZPO-DDR	Zivilprozeßordnung der DDR
ZPR	Zivilprozeßrecht

LITERATURVERZEICHNIS

Im Literaturverzeichnis sind alle Einzelschriften und größeren Aufsätze nachgewiesen; kleinere Aufsätze und Urteilsanmerkungen sind regelmäßig nur aufgeführt, wenn sie mehrfach zitiert werden. Einzelschriften sind im Text nur mit Namen des Verfassers zitiert, wobei bei mehreren Veröffentlichungen desselben Verfassers ein Zusatz des Kurztitels Zweifel über das gemeinte Werk ausschließen soll.

- Almendingen, Ludwig
Harscher v. Metaphysik des Rechts, Diss. Erlangen 1803.
- Arens, Peter - Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., München 1984.
- Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1968.
- Besprechung Manfred Wolf, Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, 1969, ZZP 83 (1970), 356.
- Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts in: Humane Justiz, Kronberg 1977, S. 1 ff.
- Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZZP 96 (1983), 1
- Anhalt, Peter Allgemeine Verfahrensgrundsätze und Ausfor-
schungsbeweis, Tübingen 1966.
- Arndt, Adolf - Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6.
- Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, 1297.
- Die Friedensaufgabe des Richters, NJW 1967, 1585.
- Bähr, Otto Die neuen österreichischen Civilprozeßgesetz-
entwürfe, ZZP 19 (1894), 79.
- Bahr, Ludwig v. Recht und Beweis im Civilprozeße,
Leipzig 1867.
- Ballon, Oskar J. Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilpro-
zeßrecht, ZZP 96 (1983), 409.
- Balogh, Elemér Beiträge zum justinianischen Libellprozeß in:
Studi in onore di Salvatore Riccibono nel XL
anno del suo insegnamento, Bd. II, S. 446 ff.
Palermo 1936.
- Bathe Heinrich Theodor Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Diss. Münster, Berlin, New York 1977

- Baumann, Jürgen Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970.
- Baumbach, Adolf - Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., München Berlin 1947.
- Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZAKDR 1938, 583.
- Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 43. Aufl., München 1985.
- Baumgärtel, Gottfried - Treu und Glauben, Gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69 (1956), 89..
- Wesen und Begriff der Prozeßhandlungen einer Partei im Zivilprozeß Berlin, Frankfurt/M. 1957.
- Die Unverwirklichkeit der Klagebefugnis, ZZP 75 (1962), 385.
- Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß, Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, 41.
- Besprechung Peter Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968, MDR 1969, 173.
- Treu und Glauben im Zivilprozeß, ZZP 87 (1974), 121.
- Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, 69.
- Gleicher Zugang zum Recht für alle, Köln, Berlin, Bonn, München 1976.
- Zugang zum Gericht für Unterprivilegierte: "Rechtshilfe" und Rechtsberatung in: Humane Justiz, Kronberg 1977, 17.
- Baur, Fritz - Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), 393.
- Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 193.
- Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht in: summum ius summa iniuria Tübingen 1963.
- Richterliche Hinweispflichten und Untersuchungssatz in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, 35 ff.
- Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilprozeßrechtspflege, JZ 1969, 482.
- Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß JBl 1970, 445.
- Die Aktivität des Richters im Prozeß in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran, Materialien zum ausländischen und internationalen Zivilprozeßrecht, 1974, Bd. 21, S. 187 ff.

- Richteramt und Rechtseinheit in: Privat-autonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag, Berlin 1980, 247 ff.
 - Funktionswandel im Zivilprozeß, Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift 500 Jahre Tübinger Juristische Fakultät, 1977, 159 ff.
 - Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Frankfurt/M. 1982.
- Bayer, Hermann Entscheidungsgrundlagen im Deutschen und Österreichischen Zivilprozeß, Graz 1911.
- Benda, Ernst, Albrecht Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, ZRP 96 (1983), 285.
- Weber
- Bender, Rolf - Funktionswandel der Gerichte, ZRP 1974, 235.
- Nochmals: Zivilprozeß und Ideologie, JZ 1982, 709.
- Bender, Rolf, August Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle Belz, Peter Wax und vor dem Familiengericht, München 1977.
- Bender, Rolf, Rolf Erfolgsbarrieren vor Gericht. Eine empirische Schumacher Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß des Instituts für Rechtstatsachenforschung Stuttgart e. V., Tübingen 1980.
- Berges, August M. - Recht und Billigkeit im Zivilprozeß, BB 1970, 1489.
- Partnerschaftliche Billigkeit, BB 1971, 1421.
- Bethmann-Hollweg, Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher M. A. v. Entwicklung,
 Bd. I - III Der römische Zivilprozeß
 Bonn 1864 - 66.
 Bd. IV - VI Der germanische Civilprozeß im
 Mittelalter, Bonn 1868 - 74.
- Bernhardt, Wolfgang - Die Parteiherrschaft im Zivilprozeß, DGWR 1935, 70.
- Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, DJZ 1936, Sp. 1404.
- Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, Festschrift für Leo Rosenberg, München, Berlin 1949, 9 ff.
- Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, JZ 1963, 245.
- Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JR 1966, 322.
- Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1968.
- Bettermann, August - Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, JBl 1972, 57.
- Rezension Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1970, ZRP 88 (1975), 347.
- Hundert Jahre ZPO, ZRP 91 (1978), 365.

- Bettermann August,
Hans Carl Nipperdey,
Ulrich Scheuner Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd. Berlin
1959.
- Bettermann, August,
Hans Carl Nipperdey Die Grundrechte, Bd. IV, 2. Halbbd. Berlin
1972.
- Beyer, Viktor Die Stellung des Richters gegenüber dem recht-
lichen Parteivorbringen im Zivilprozeß,
Gießen 1920.
- Binder, Julius Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom
Rechtsschutzanspruch, Leipzig 1927.
- Binding, Karl Die Wahrheitspflicht im Prozesse DJZ 1909,
Sp. 161.
- Blomeyer, Arwed - Rechtskrafterstreckung infolge zivilrecht-
licher Abhängigkeit ZZP 75 (1962), 1.
- Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2.Aufl.,
Berlin 1985.
- Blomcyer, Karl - Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65
(1952), 52.
- Rezension Adolf Schönke, Lehrbuch des Zivil-
prozeßrechts, 7. Aufl., Karlsruhe 1951, ZZP
66 (1953), 158.
- Böhm, P. Der Streit um die Verhandlungsmaxime, Zum Ein-
fluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhun-
derts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis,
Ius Commune 1978, 237 ff.
- Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung
1. Buch: Das Bürgerliche Recht als Teilgebiet
der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950.
- Bötticher, Eduard - Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburgische
Rektoratsrede vom 11.11.1953, 2. Aufl.,
Hamburg 1961 (Neudruck 1979).
- Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen
anderer Gerichte in: Hundert Jahre deutsches
Rechtsleben, Juristentagsfestschrift 1960,
511 ff.
- Bolla-Kotek, Sibylle Der Prozeß - geordneter Ringkampf oder sozia-
les Übel? Von Ihering zu Franz Klein, Fest-
schrift für Hans Schmitz, Wien, München 1967,
413 ff.
- Bomsdorf, Falk Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin
1970.
- Bonin, Paul Der Prozeßvergleich unter Berücksichtigung
seiner persönlicher Erstreckung, Stuttgart
1957.
- Boor, Hans Otto de Die Funktion des Zivilprozesses in der völk-
ischen Rechtsordnung, ZAKDR 1938, 834.

- Die Auflockerung des Zivilprozesses, Tübingen 1939.
 - Gerichtsschutz und Rechtssystem. Ein Beitrag zum Kampf gegen das aktionenrechtliche Denken, Leipzig 1941.
 - Der Begriff der actio im Deutschen und Justinianischen Prozeßrecht, Festschrift für G. Boehmer, Bonn 1957.
- Brackenhoeft, T. Beiträge zur Lehre vom Geständnis im Zivilprozeßrecht, AcP 20 (1837), 248 ff., 362 ff.
- Braun, Hans Versäumnisurteil und Wahrheitspflicht, Tübingen 1955.
- Brehm, Wolfgang - Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982.
- Rezension Egbert Peters, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1978, ZZP 92 (1979), 97.
- Brüggemann, Dieter Iudex statutor, iudex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung von Richtermacht und Parteifreiheit im deutschen Zivilprozeß, Bielefeld 1968.
- Brüggemann, Friedrich Wahrheitspflicht und Verhandlungsmaxime im heutigen Prozeßrecht, Diss. Köln 1936.
- Bruns, Rudolf - Richterliche Bindung und richterliche Freiheit in: Annales universitatis saraviensis Bd. II, Saarbrücken 1953, 23 ff.
- Zivilprozeßrecht. Eine systematische Darstellung, Berlin, Frankfurt/M. 1968.
- Buchholz . Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz im geltenden und künftigen Zivilprozeßrecht, JW 1937, 2745.
- Buckland, W. W. A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 3. Aufl., Bearb. v. Peter Stein, Cambridge 1963.
- Bülow, Oskar - Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), 1.
- Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), 1
- Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
- Das Geständnisrecht, Freiburg, Leipzig, Tübingen 1899.
- Die neue Prozeßrechtswissenschaft und System des Zivilprozeßrechts, ZZP 27 (1900), 201.
- Klage und Urteil, Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß, ZZP 31 (1903), 191.
- Büttner, Siegfried Vaterschaftsprozesse und Ausforschungsbeweis, ZZP 67 (1954), 73.

- Bydlinski, Franz Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967.
- Canstein, Raban
Freiherr v. - Anerkenntnis und Geständnis im Allgemeinen und nach der Deutschen Zivilprozeßordnung, Berlin 1879.
- Lehrbuch des Österreichischen Zivilprozeßrechts, Bd. I und Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1893.
- Der Zweck des Civilprozesses, Graz 1902.
- Cohn, Ernst Joseph - Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, Marburg 1965, 31 ff.
- Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im deutschen und englischen Zivilprozeßrecht, Festschrift für Fritz v. Hippel, Tübingen, 1967, S. 41.
- Conrad, Hermann Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I und II, 2. Aufl., Karlsruhe 1962, 1966.
- Costede, Jürgen - Scheinprozesse, Diss. Göttingen 1968.
- Scheinprozesse, ZZP 82 (1969), 438.
- Damrau, Jürgen Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung 1877, Paderborn 1975.
- Dannenbring, Rolf Über die Bindung der privaten Schiedsgerichte an das materielle Recht. Zugleich ein Beitrag zur Kenntnis des amerikanischen Rechts, ZZP 65 (1952), 136.
- Danz, Erich Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Jena 1911.
- Degenkolb, Heinrich Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905.
- Demmler, Constantin Das gerichtliche Geständnis von Rechtsverhältnissen, Stuttgart 1895.
- Deutsch, Erwin Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.
- Dilcher, Hermann Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ACP 158 (1959/60), 469.
- Dix, Werner Die Pflicht der Partei zum persönlichen Erscheinen im Prozeß und Beweis durch Parteivernehmung, Leipzig 1937.

- Dürig, Günter Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 193.
- Dütz, Wilhelm Funktionswandel des Richters im Zivilprozeß, ZZP 87 (1974), 361.
- Ebsen, Ingwer Gesetzesbindung und "Richtigkeit" der Entscheidung. Eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre, Berlin 1974.
- Eccius Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses Gruch Beitr 52 (1908), 810.
- Endemann Civilprozeßverfahren nach der kanonistischen Lehre, ZZP 15 (1891), 177.
- Engelmann, A. Geschichte des Zivilprozesses, Breslau 1890 - 95 (zitiert Engelmann, Band , Heft , Seite).
- Engels, Kurt Der neue Zivilprozeß, Erfahrungen und Kritik aus anwaltlicher Seite, AnwBl 1979, 205.
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971.
- Esser, Josef - Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalisierungsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1. Aufl., Frankfurt/M. 1972.
- Grundsatz und Norm in richterlicher Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1974.
- Fechner, Erich Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953.
- Fehlig, Reinhard Einflüsse Österreichischen Prozeßdenkens auf den deutschen Zivilprozeß, Kiel 1966.
- Fehr, Hans Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin 1962.
- Fenn, Herbert Dispositions- oder Officialmaxime im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, Festschrift für Schiedermaier, München 1976, 117 ff.
- Fezer, Gerhard Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß, Tübingen 1970.
- Fischer, W. Grundsätze des Zivilprozeßrechts und ihre Anwendung in der Praxis in: Tagung deutscher Juristen, Bad Godesberg, 30. September 1947, Hamburg 1947, 200 ff.

- Flume Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie in: Festschrift für den Deutschen Juristentag, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 135 ff.
- Förster, A., Richard Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1913.
- Kann
- Forsthoff, Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit; Aufsätze und Essays, hrsg. Ernst Forsthoff, Darmstadt 1968, 165 ff.
- Fraenkel, Otto Ein Vorschlag für die Neugestaltung des Zivilprozesses in Österreich, GrünhutsZ 19 (1892), 162.
- Francke, Walter Betrachtungen über die Wahrheitspflicht der Parteien im Deutschen Zivilprozeß, Weida 1938.
- Freisler, Roland Die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen, DGWR 1941, 217.
- Freudenthal Hugo, Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz und den dazugehörigen Nebengesetzen, 4. Aufl., Johann david Sauerländer, München 1926.
- Fuchs, Ernst Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, Berlin 1908.
- Gaisberg, L. C. Allgemeine Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerlichen Prozesses, Stuttgart 1820.
- Freiherr v.
- Gaul, Hans Friedhelm - Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), 27.
- Willensmängel bei Parteihandlungen. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Werks von Arens, AcP 172 (1972), 342.
- Gaupp, Ludwig Civilprozeßordnung, 2. Aufl., Freiburg 1890.
- Gaupp, Ludwig, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Friedrich Stein, 5. Aufl., Tübingen, Leipzig 1901, 8./9. Aufl., Tübingen 1906.
- Geib, Otto Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung im deutschen Zivilprozeßrecht, München 1909.
- Gerhardt, Walter - Beweisvereitelung im Zivilprozeß, AcP 169 (1969), 289.
- Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1978.

- Gerner, Erich, Fritz
Decker, Hans Kauffmann
unter Mitarbeit von
Dietrich Gruber Deutsches Richtergesetz, Köln, Berlin, Bonn,
München 1963.
- Gernhuber, Joachim Familienrecht, 3. Aufl., München.
- Gilles, Peter - Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozeß, Festschrift für Schiedermaier, München 1976, 183 ff.
- Zum Bedeutungszuwachs und Funktionswandel des Prozeßrechts, JuS 1981, 402.
- Glücklich, Heinz
Werner Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozeßrecht, Berlin 1938.
- Göbel, Karl Prozeßzweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozeß. Zur Interpretation der Verweisungsnorm des § 15 Abs. 1 AGB Gesetz, Königstein 1980.
- Goldschmidt, James - Hat das ordentliche Gericht bei späteren Rechtsstreitigkeiten ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Würdigung der Rechtsnatur eines gemäß den Bekanntmachungen vom 16./17. Dezember 1916 (RGBl 1396, 1398) aufgelösten Vertrages durch das Reichsschiedsgericht für Kriegswirtschaft. Ein Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft staatlicher Gestaltungsakte und der Rechtsstellung des Reichsschiedsgerichts für Kriegswirtschaft, AcP 117 (1919), 1
- Die neue Zivilprozeßordnung vom 13. Mai 1924 mit systematischen Erläuterungen der neuen Bestimmungen, Berlin 1924.
- Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.
- Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung, JW 1931, 2433, VI, S. 2444.
- Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932.
- Gotthardt Feststellung des Tatsächlichen im Zivilprozeß DRiZ 1930, 140.
- Gottwald, Peter - Anmerkung zu BGH, Urt. vom 20.06.1977, II ZR 30/77, ZZP 92 (1979), 364.
- Grundprobleme der Beweislastverteilung, Jura 1980, 225.
- Bewältigung privater Konflikte in gerichtlichen Verfahren, ZZP 95 (1982), 245.
- Rezension Brehm Wolfgang, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, AcP 183 (1983), 201.
- Grolmann, Karl Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 2. Aufl., Gießen Darmstadt 1803.

Grunsky, Wolfgang

- Prozeß- und Sachurteil, ZZP 80 (1967), 55.
- Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, Tübingen 1968.
- Anmerkung zu BGH, Urt. vom 15.02.1971, III ZR 188/67, AP Nr. 24 zu § 519 ZPO.
- Beschränkungen bei der Einlegung eines Rechtsmittels und bei der Aufhebung des angefochtenen Urteils, ZZP 84 (1971), 129.
- Wert und Unwert der Relationstechnik, JuS 1972, 29 ff., 137 ff., 534 ff.
- Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, VwGO, FGO, SCC, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
- Zur Bedeutung der Logik für das Verständnis des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, JZ 1974, 750.
- Zum Umfang der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelklägers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstands, ZZP 86 (1975), 129.
- Arbeitsgerichtsgesetz, 4. Aufl., 1980.

Habscheid, Walter

- Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.
- Die Zivilrechtspflege im Spannungsverhältnis verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, 361.
- Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, 5.
- Rechtskraft und Präklusion im Eheauflösungsverfahren, FamRZ 1964, 174.
- Der Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß, NJW 1965, 2365.
- Richtermacht oder Parteifreiheit. Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozesses, ZZP 81 (1968), 175.
- Das Schiedsgutachten, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. II, S. 789.
- Zur Aufgabe der Gerichte im sozialen Rechtsstaat, Festschrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972, 283 ff.
- Konkurrenz von Rechtsbehelfen in der Zwangsvollstreckung, KTS 1973, 97.
- Das Recht auf Beweis, ZZP 96 (1983), 306.

Haegeler, Albert

Amtsermittlung im Kostenfestsetzungsverfahren, AnwBl 1977, 138.

Häsemeyer, Ludwig

- Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte. Objektive Ordnung und privatautonomie Selbstbestimmung in formgebundenen Rechtsgeschäften, Frankfurt/M. 1971.
- Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse. Zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage, ZZP 85 (1972), 207.

- Hagen, Johann Josef - Die soziale Funktion des Zivilprozesses, ZZP 84 (1971), 385.
- Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg 1972.
- Hahn, Bernhard Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? Grenzverschiebungen von Parteien und Gericht bei der Tatsachenverschaffung und Sachverhaltserforschung im neuen Zivilprozeßrecht, Köln, Berlin Bonn, München 1983.
- Hahn Die gesamten Materialien zu den Reichsprozeßgesetzen, Bd. II 1 und 2, Berlin 1880.
- Haimerl, Franz Xaver Kurze Bemerkung über den obersten Grundsatz und die daraus fließenden Haupterfordernisse der bürgerlichen Prozeßgesetzgebung, AcP 18 (1835), 54.
- Hamann, Andreas, Helmut Lenz Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Neuwied 1970.
- Hassold, Gerhard Die Voraussetzungen der besonderen Streitgenossenschaft, Berlin 1970.
- Hattenhauser, Hans - Die Kritik des Zivilurteils, Frankfurt/M. 1970
- Zwischen Hierarchie und Demokratie, Karlsruhe 1971.
- Hazard Jr., Geoffrey C. Social Justice through Civil Justice, The University of Chicago Law Review, 1968/69, S. 699.
- Heffter, August Wilhelm System des römischen und deutschen Civil Prozeßrechts. Bonn 1843.
- Hegenbarth, Rainer, Regine Scholz Konfliktlösung ohne Kommunikation. Die Organisation der Sprachlosigkeit in Zivilprozessen. Informationsbrief für Rechtssoziologie, 1979.
- Hegler, August Beiträge zum prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen 1903.
- Heller, Hermann Rechtsstaat oder Diktatur, Tübingen 1930.
- Hellmann, Friedrich - Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, München 1886.
- Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch, Iher Jahrb 31 (1892), 79.
- Hellwig, Konrad - Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I und II, Leipzig 1903, 1907.
- Klagerecht und Klagemöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundlagen des heutigen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1905.
- Justizreform, Berlin 1908.
- System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1 Leipzig 1916.
- Henke, Horst Eberhard - Die Tatfrage, Berlin 1966

- Henckel, Wolfram
- Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961.
 - Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttingen 1966.
 - Die Verantwortung der Verfahrensbeteiligten für die Beschleunigung des Zivilprozesses. Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, 205.
 - Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Heusler
- Grundfragen des Beweisrechts, AcP 62 (1879), 209.
- Heymann, Ekkart v.
- Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1969.
- Heyn, Karl
- Anerkenntnis ohne Antrag? NJW 1957, 1140.
- Hinz, Manfred
- Nach der Entlastungsnovelle: Was wird aus der Reform des Zivilprozesses, ZRP 1975, 158.
 - Verbesselter Schutz vor Überraschungsentscheidungen im Zivilprozeß - eine unnötige Reform? NJW 1976, 1187.
- Hippel, Fritz v.
- Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936.
 - Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Frankfurt/M. 1939.
- Hitzig, Hermann F.
- Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter, München 1893.
- Hoche, Ulrich
Günter Haas
- Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Darmstadt 1980.
- Honecker, Hans
- Das richterliche Fragerecht gem. § 139 ZPO, Köln 1928.
- Huber, Michael
- Das Beweismaß im Zivilprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1983.
- Hückel, Helmut
- Der sozialistische Zivilprozeß in der Deutschen Demokratischen Republik unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, Diss. Münster 1973.
- Hütten, Peter
- Die Prozeßökonomie als rechtserheblicher Entscheidungsgesichtspunkt, Diss. Würzburg 1975.
- Ihering, Rudolf v.
- Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, Nachdruck Darmstadt 1954.
- Isele, Walter
- Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar. Essen 1976.

- | | |
|---|--|
| Jacoby, Sidney B. | Das Erforschungsverfahren im Amerikanischen Zivilprozeß. Vorschläge für eine Reform der ZPO, ZZP 74 (1961), 145. |
| Jahr, Günther | Litis contestatio, Köln, Graz 1960. |
| Jansen, Wilhelm | Parteibefragung und Parteivernehmung im Zivilprozeß in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Köln 1934. |
| Jaquet, Ferdinand | Wahrheit und Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, München 1957. |
| Jauernig, Othmar | - Zivilprozeßrecht, 20. Aufl., München 1983
- Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967. |
| Jörs, Paul,
Wolfgang Kunkel,
Leopold Wenger | Römisches Privatrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949. |
| Jonas, Martin | - Das Gesetz über die Mitwirkung des Rechtsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen vom 15. Juli 1941, DJ 1941, 871.
- Gedanken zur Prozeßreform - Verhandlungs- und Officialmaxime, DR 1941, 1697. |
| Kaser, Max | Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966. |
| Keidel, Theodor,
Joachim Kuntze,
Karl Winkler | Freiwillige Gerichtsbarkeit, 11. Aufl., München 1978. |
| Kellner, Horst | Zivilprozeßrecht, Von einem Autorenkollektiv unter Leitung von Prof. Dr. Horst Kellner, Berlin 1980. |
| Kelsen, Hans | Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960. |
| Kempf, Ludwig | Zur Problematik des Musterprozesses, ZZP 73 (1960), 342. |
| Kern, Eduard,
Manfred Wolf | Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl., München 1975. |
| Kessler, Joachim | Die Bindung des Schiedsgerichts an das materielle Recht, Köln, Berlin 1964. |
| Kietz Herbert,
Manfred Mühlmann | Die Erziehungsaufgabe im Zivilprozeß und die Rolle der gerichtlichen Entscheidungen, Berlin 1962. |
| Kininger, Ewald | Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens, Berlin 1980. |
| Kion, Hans Jürgen | Eventualverhältnisse im Zivilprozeß, Berlin 1971. |

- Kipp, Theodor Die litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im römischen Civilprozeß, Leipzig 1887.
- Kisch, Walter
- Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses Iudicium I, 1928, 1929, S. 1 ff.
 - Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege, DR 1936, 8.
 - Wahrheitspflicht, Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime, DJZ 1936, Sp. 913.
- Kissel, Otto Rudolf Gerichtsverfassungsgesetz, München 1981.
- Klamaris, Nicolaos Das Rechtsmittel der Anschlußberufung, Tübingen 1975.
- Klein, Franz
- pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßrechtsreform in Österreich, Leipzig, Wien 1891.
 - Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, Dresden 1901, Nachdruck Frankfurt/M., 1958.
- Klein, Franz, Friedrich Engel Der Zivilprozeß Österreichs, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
- Kleinfeller, Georg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Berlin 1925.
- Kleinknecht, Theodor, Karlheinz Mayer Strafprozeßordnung mit Nebengesetzen, 36. Auflage, München 1983.
- Kleinwächter, Heinrich Das Anerkenntnisurteil im Wechselprozeß, NJW 1957, 737.
- Knecht, Otto Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Freiburg 1937.
- Knöpfel, Gottfried Der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils, ZZP 68 (1955), 450.
- Körting, Erhardt Erfordernisse der Berufungsbegründung, AcP 142 (1936), 92.
- Koffka, Emil Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß Gutachten für den 21. Anwaltstag in Breslau JW 1913, Beilage zu Heft 15.
- Kohler, Josef
- Besprechung von Heusler, Grundfragen des Beweisrechts, AcP 62 (1879), 209, KritVjschr 23 (1880), 417.
 - Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Neudruck Mannheim, Aalen 1969.
 - Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, ZZP 33 (1905), 211.
- Kollhosser, Helmut
- Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zugleich ein Beitrag zum allgemeinen Verfahrensrecht, München 1970.

- Grundlagen des Verfahrensrechts, JZ 1973.
- Besprechung Polyzogopoulos, Parteienanhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Tübingen 1975, ZZP 91 (1978), 102.

- Konzen, Horst Rechtsverhältnisse der Prozeßparteien. Studien zur Wechselwirkung von Zivil- und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßheblichen Parteiverhaltens, Berlin 1976.

- Kornblum, Udo Die Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968.

- Krämer, Wilhelm Rezension der Festgabe für Leo Rosenberg, München 1949, ZZP 64 (1950), 159.

- Krencker, Martin Die Wahrheitspflicht der Parteien im deutschen und österreichischen Zivilprozeß, Leipzig 1935.

- Kress, Otto Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und ihre Sanktionen, Tübingen 1939.

- Kroppen, Heinz Richterliches Verhalten aus der Sicht eines Rechtsanwalts, AnwBl 1980, 129.

- Kuchinke, Kurt - Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachverhaltsaufklärung in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 30, Frankfurt/M., Berlin 1966.
 - Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1967, 295.

- Künkel, Joseph Das Vorbehaltsurteil als Anerkenntnis- und Versäumnisurteil im Urkunden- und Wechselprozeß, NJW 1963, 1041.

- Kunkel, Wolfgang Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Graz 1967.

- Lang, Arno Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch 52 (1961), 60 ff., 175 ff.

- Langer, Adalbert Rechtssuchender und Richter in Österreich JZ 1977, 376.

- Larenz, Karl - Schulrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 1979.
 - Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1979.
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1983.

- Laufke, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, Berlin, Tübingen 1956, 145 ff.

- | | |
|------------------------------------|--|
| Laumen, Hans Willi | Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, München 1984. |
| Leipold, Dieter | <ul style="list-style-type: none"> - Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes in: zivil-, verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Verfahren, München 1971. - Prozeßförderpflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), 237. - Zivilprozeßrecht und Ideologie am Beispiel der Verhandlungsmaxime, JZ 1982, 441. |
| Lent, Friedrich | <ul style="list-style-type: none"> - Zur Beibehaltung der Verhandlungsmaxime, ZAKDP 1936, 20. - Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. II, Leipzig 1916. - Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich rechtlichen Gesetzeskonkurrenz, Leipzig 1916. - Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß, Teilkommentar zu §§ 138, 139 ZPO, Bad Oeynhausen 1942. - Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß, ZZP 63 (1943), 1. - Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München 1959. - Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67 (1956), 344. |
| Levin, Louis | Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis, Berlin 1913. |
| Littauer, Rudolf | Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, ZZP 55 (1930), 1. |
| Loewenwald, Ludwig | Lehrbuch der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1903. |
| Löwe Ewald,
Werner Rosenberg | Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, bearb. v. Hanns Dünnebier, Karlheinz Mayer, Karl Schäfer, Walter Gollwitzer, Lutz Meyer-Göbner, Günter Wendisch, 23. Aufl., Berlin New York 1978. |
| Löwisch, Manfred | Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970. |
| Lorenz, Max | Beiträge zur Reform des Zivilprozeßrechts, JR 1950, 521. |
| Lotz, Johann
Friedrich Eusebuis | Über die Vorzüge der Verhandlungsmaxime vor der Untersuchungsmaxime bei der Bestimmung des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in: Civilistische Abhandlungen, Coburg, Leipzig 1820, 1 ff. |
| Lübtow, Ulrich v. | Das römische Volk, Frankfurt/M. 1955. |
| Lüderitz, Alexander | Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte, Tübingen 1966. |

- Luhmann, Niklas - Legitimation durch Verfahren, 1. Aufl., Neuwied, Berlin 1969. 2. Aufl., Darmstadt, Neuwied 1975.
- Rechtssoziologie, Bd. I und II, Reinbek 1972.
- Lücke, Gerhard Grundsätze des Verwaltungsprozesses, Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, JuS 1961, 41.
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkung, München, Berlin 1959.
- Manigk, Alfred Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939.
- Maniotis, Dimitris Das prozessuale Verschulden und die objektive Präklusion. Zwei Ausgangsprobleme des § 233 ZPO, Diss. Freiburg i. Br. 1983.
- Martin Christoph Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen Processes, Bd. I, Leipzig 1855.
- Mauczka, Josef Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Rechtsverhältnisse. Mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen und deutschen Privatrechts, Leipzig 1904.
- Maunz, Thodor, Reinhold Zippelius Deutsches Staatsrecht, 25. Aufl., München 1983.
- Maunz, Theodor, Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz Grundgesetz, Loseblatt, Stand Sept. 1983.
- Meier, Isaak Iura novit curia. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Zürich 1975.
- Melissinos, Gerassimos Die Bindung des Gerichts an die Parteianträge nach § 308 ZPO (ne eat iudex ultra petita partium), Berlin 1982.
- Mengcr, Anton Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl., Tübingen 1908.
- Menger, Christian Friedrich Allgemeine Prozeßrechtsgrundsätze in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift, Karlsruhe 1963, Bd. II, S. 427.
- Merz, Hans Privatautonomie heute - Grundsatz und Wirklichkeit, Karlsruhe 1970.
- Mes, Peter Materiellrechtliche Teilleistung und prozessuales Teilanerkennntnis. Ein Beitrag zu den Wirkungsgrenzen des prozessualen Anerkenntnisses, ZZP 85 (1972), 334.

- Mettenheim, Christoph v. Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, Frankfurt/M. 1968.
- Meyer, Jürgen A. E. Von der "sozialen Adäquanz" zur "Verhältnismäßigkeit der Kampfmaßnahmen", ZRP 1974, 253.
- Meyer-Cording, Ulrich Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964, 273.
- Meyer-Ladewig, Jens Sozialgerichtsgesetz, 2. Aufl., München 1981.
- Mitsopoulos, Georg Die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage im Kassationsverfahren, ZRP 81 (1968), 251.
- Mitteis, Heinrich, Heinrich Lieberich Deutsche Rechtsgeschichte, 16. Aufl., München 1981.
- Mittenzwei, Ingo Zum Umfang der Berufungsbegründungspflicht gem. § 519 ZPO, MDR 1972, 468.
- Mittermaier Über den Gang der Civilprozeßgesetzgebung in den deutschen Staaten, AcP 2 (1829), 169.
- Möllenstedt, Ulrich Besprechung von Luhmann Niklas, Legitimation durch Verfahren, Neuwied, Berlin 1969, KJ 1970, 369.
- Möller, Hans Zur Zulässigkeit von Anerkenntnis- und Versäumnis-Vorbehaltsurteilen im Urkunden- und Wechselprozeß, NJW 1963, 2073.
- Müller, Hans Wesen und Wirkungen des Anerkenntnisses im Zivilprozeß, Köln, Leipzig 1911.
- Müller, Hanswerner Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1953, 1959.
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, Bearbeitet von Börries v. Feldmann, Herrmann Förchler, Johann Wilhelm Gerlach, Wolfgang Gitter, Georg Holch, Hein Kötz, Ernst A. Kramer, Theo Mayer-Maly, Dieter Reuter, Fran Jürgen Säcker, Peter Schwerdtner, Wolfgang Thiele, Harm Peter Westermann, München 1978.
- Münter, Gisbert Wahrheitspflicht und Geständniswirkung, Mainz 1953.
- Münzberg, Wolfgang Besprechung von Rainer Sprung, Konkurrenzen von Rechtsbehelfen im zivilgerichtlichen Verfahren, Wien 1966, AcP 168 (1968), 392.
- Mummenhoff, Winfried - Prozessuales Anerkenntnis neben Klageabweisungsantrag, ZRP 86 (1973), 293.
- Anmerkung zu BGH Urt. v. 03.03.1976, VIII ZR 251/74 JZ 1976, 609.
- Musielak, Hans Joachim - Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin, New York 1975.
- Die Beweislast, JuS 1983, 198, 526, 609.

- Nagel, Heinrich - Funktion und Zuständigkeit des Richters in: Humane Justiz, Kronberg 1977, 5 ff.
 - Die rechtliche Stellung, Aufgaben und Pflichten der Richter in der Bundesrepublik Deutschland im Zivilprozeß, DRiZ 1977, 321.
- Nathan, Hans Das Zivilprozeßrecht der Deutschen Demokratischen Republik, von einem Autorenkollektiv unter Leitung von Prof. Dr. Hans Nathan, Bd. I, Berlin 1957.
- Nelte, Otto E.F. Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, Emsdetten 1935.
- Niese, Werner - Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen, Diss. Jena 1931.
 - Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950.
- Nikisch, Artur - Zivilprozeßrecht. Ein Lehrbuch 2. Aufl., Tübingen 1952.
 - Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Tübingen 1935.
- Nörr, Knut Wolfgang - Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: iudex secundum allegata nonsecundum conscientiam iudicat, München 1967.
 - Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und Schriftlichkeit, ZZP 85 (1972), 160.
 - Naturrecht und Zivilprozeß. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum Beginnen des 19. Jhdts., Tübingen 1976.
- Oelze, Joachim Verhandlungsmaxime und Wahrheitspflicht, Diss. Düsseldorf 1939.
- Oestreicher, Gerhard Verfassungsgeschichte vom Ende des Mittelalters bis zum Ende des alten Reiches in: Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, Bd. 11, 5. Aufl., München 1983.
- Ohr, Günther Streitiges Urteil trotz Anerkenntnis, NJW 1955, 251
- Olzen, Dirk Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 98 (1985), 403.
- Orfanides, Georgios Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1982.
- Ortloff, Hermann Das Streitverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, Jena 1958.
- Osterloh, Robert Der ordentliche bürgerliche Proceß: Nach königlich sächsischem Rechte, Bd. I Leipzig 1843.

- Overhoff, Dieter Ausschuß und Ablehnung des Richters in den deutschen Verfahrensordnungen aus innerprozessualen Gründen, Diss. Münster 1975.
- Pärn, Franziskus Tatsachenermittlung und Tatsachenbehauptung, NJW 1979, 2544.
- Pagenstecher, Max Die Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch. Bearbeitet von Peter Bassende, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Hans Putzo, Heinz Thomas, 45. Aufl., München 1985.
- Pawlowski, Hans Martin - Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften) Göttingen 1966,
- Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), 345.
- Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht.
- Peters Das richterliche Fragerecht, JW 1938, 1432.
- Peters, Egbert - Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, Köln, Berlin 1966.
- Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82 (1969), 200.
- Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1981.
- Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, Tübingen 1983.
- Petersen Der Klagegrund und die Vorschriften der deutschen Zivilprozeßordnung, ZZP 3 (1881), 385.
- Petersen, Julius, Ernst Remelê, Ernst Anger Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Lahr 1904.
- Pieper, Helmut, Leonie Breunung, Günther Stahlmann Der Sachverständige im Zivilprozeß, München 1982.
- Planck, Julius Wilhelm Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, Bd. I, Allgemeiner Teil, Nördlingen 1887.
- Planitz, Hans, Karl A. Eckhardt Deutsche Rechtsgeschichte,
- 2. Aufl., Graz, Köln 1961
- 3. Aufl., Köln 1971.
- Pohle, Rudolf - Der materiellrechtliche und der prozeßrechtliche Verzicht auf den Grundbuchberichtigungsanspruch, JZ 1956, 53.
- Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Friedrich Lent, München, Berlin 1957, 195 ff.

- Pollak, Rudolf
- Gerichtliches Geständnis im Civilprozesse, Berlin 1893.
 - System des österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Exekutionsrechts, Wien 1930.
- Polyzogopoulos, Konstantin
- Parteianhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis . Ein Beitrag zur Kritik der herrschenden Lehre unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis, Tübingen 1975.
- Prütting, Hanns
- Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, 361.
 - Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983
 - Die Zulassung der Revision, Köln, Berlin, Bonn, München 1977.
- Quenstedt, Mathias Heinrich
- Die Gestaltung des Civilprozesses, Marburg 1896.
- Radbruch, Gustav
- Vorschule der Rechtsphilosophie, Nachschrift einer Vorlesung, Heidelberg 1947.
 - Der Mensch im Recht, 3. Aufl., Göttingen 1957.
 - Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963.
- Raiser, Thomas
- Soziologie im Gerichtssaal, DRiZ 1978, 161.
- Rasehorn, Theo
- Rezension Dieter Brüggemann, iudex statuator, iudex investigator, Bielefeld, 1968, NJW 1968, 1821.
 - Rechtsfindung und Gerichtspraxis. Ein Thema des 49. Deutschen Juristentags 1972, NJW 1972, 81.
 - Recht und Klassen, zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik, Darmstadt, Neuwied 1974.
 - Zu den Wurzeln des Rechts? Rezension von Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Neuwied, Berlin 1969, JZ 1973, 13.
 - Kommunikationsprobleme im Zivilprozeß. Eine rechtssoziologische Zwischenbilanz, ZRP 1980, 6.
- Ratz, Paul
- Die Verhandlungsmaxime. Ein Beitrag zur Zivilprozeßreform, AcP 143 (1937), 282.
- Redeker, Konrad
- Referat: Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen des 44. DJT, Hannover 1962, Bd. II, Tübingen 1964.
- Rehbinder, Werner
- Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, Festschrift für René König, Opladen 1973, S. 345 ff.

- Reichel, Hans Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. Festschrift für Adolf Wach, Leipzig 1913, Neudruck Aalen 1970, Bd. 3, S. 1.
- Reichert Referat: Wie ist den hauptsächlichen Klagen des Volkes über den Zivilprozeß abzuhelpfen? 3. Deutscher Richtertag, DRiZ 1913, 736.
- Reincke, O. Die deutsche Civilprozeßordnung 3. Aufl., Berlin 1896.
- Renaud, Achilles Lehrbuch des gemeinen Deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neue Civilprozeßgesetzgebungen, 2. Aufl., Leipzig 1873.
- Richardi, Reinhard Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, 3
- Riedberg, Peter Der amiable Compositeur im internationalen Schiedsgerichtsverfahren, Köln 1959.
- Riedel, Erwin Vom zulässigen und unzulässigen Ausforschungsbeweis, NJW 1956, 7.
- Riezler, Erwin Berufung auf eigenes Unrecht, Iher Jahrb. 89 (1941), 177.
- Rimmelspacher, Bruno - Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1965.
- Materieller Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1970.
- Rödig, Jürgen Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses, Berlin, Heidelberg, New York 1973.
- Rosenberg, Leo - Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeß, ZZP 49 (1925), 38.
- Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung. Unter besonderer Berücksichtigung des Urteilsverfahrens. ZZP 57 (1933), 185.
- Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München, Berlin 1961.
- Die Beweislast, 5. Aufl., München 1965.
- Rosenberg, Leo,
Karl Heinz Schwab Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981.
- Roßmanith Verhandlungsmaxime und richterliche Aufklärung des Sachverhalts, AuR 1977, 171.
- Rothenburger, Curt - Der Friedensrichter, DR 1942, 1521.
- Die ersten fachlichen Maßnahmen zum Aufbau einer nationalsozialistischen Rechtspflege, DJ 1943, 66.
- Rottleuthner,
Hubert - Klassenjustiz? KJ 1969, 1.
- Zur Soziologie richterlichen Handelns, KJ 1970, 283. KJ 1971, 60.
- Richterliches Handeln. Zur Kritik der richterlichen Dogmatik, Frankfurt/M. 1973.

- Rezension Martin Würthwein, Umfang und Grenzen des Parteeinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß, Berlin 1977, ZZP 91 (1978), 361
- Zivilprozeßrecht I, Erkenntnisverfahren, München 1983.

Schlüter, Winfried Das obiter dictum, München 1973.

Schmidt, August Gleichwertiges Parteivorbringen, JZ 1956, 559.

Schmidt, Carl Kodifikation der Novelle. Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung DJZ 1935, Sp. 919.

Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Göttingen 1964.

- Schmidt, Eike
- Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt/M. 1973.
 - Normzweck und Zweckprogramm in: Dogmatik und Methode, Festschrift für Josef Esser, Kronberg 1975, 139 ff.
 - Vom liberalen zum sozialen Zivilprozeß, DuR 1979, 317.
 - Wandlungen im Zivilprozeß und Relations-technik, RuP 1980, 106.

- Schmidt, Joachim
- Wert und Unwert der Relationstechnik, JuS 1974, 441.
 - Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß, Berlin 1972.

- Schmidt, Richard
- Die Klageänderung, Leipzig 1888.
 - Prozeßrecht und Staatsrecht. Betrachtungen zur Systematik und zur Gesetzesreform des modernen Zivilprozesses, Karlsruhe 1904.
 - Eine Replik zur Frage der Prozeßlüge, DJZ 1909, Sp. 255.
 - Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1910.
 - Die Wahrheitsermittlung im Zivilprozeß, JW 1913, 764.
 - Der grundsätzliche Wandel des Erkenntnisverfahrens, Verhandlungsprinzip und Instruktionsmaxime, ZZP 61 (1939), 253.

Schmidt-Bleibtreu,
Bruno, Franz Klein Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Bonn, Neuwied 1983.

- Schmidt-Salzer
Joachim
- Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, 8.
 - Grundfragen des Vertragsrechts im Zivil- und Verwaltungsrecht, NJW 1971, 5.
 - Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit, NJW 1971, 173.

Schneider, Egon - Rechtsausführungen und Rechtsbegriffe im Sachvortrag der Parteien, MDR 1961, 891.

- Prozessuale Folgen wahrheitswidrigen Vorbringens, DRiZ 1963, 343.
- Die richterliche Aufklärungspflicht, MDR 1968, 721.
- Die Beweisvereitelung, MDR 1969, 4.
- Die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage, MDR 1973, 270.
- Die Belehrungspflicht in der Teilungsversteigerung. Bemerkungen zu BVerfG Bd. 42, S. 64, MDR 1977, 353.
- Beiträge zum neuen Zivilprozeß, MDR 1977, 793 ff., 881 ff., 969 ff.; MDR 1978, 1 ff., 89 ff.
- Beweis und Beweismwürdigung, 3. Aufl., München 1978.
- Befangenheitsablehnung und Richterpersönlichkeit, DRiZ 1978, 42.
- Befangenheit des auf Verjährungsablauf hinweisenden Richters? MDR 1979, 975.
- Wissenschaft und Praxis des Zivilprozesses nach der Vereinfachungsnovelle, DRiZ 1980, 220.
- Anmerkung zu LG Darmstadt, Beschl. vom 13.10.1981, 5 T 759/81, dto., MDR 1982, 237.

Schneider, Konrad

Über die richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Zivilprozeß. Eine Studie zur RCPO, Leipzig 1888.

Schönfeld,
Klaus Eckhardt

Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und den übrigen Verfahrensarten. Die Modifikation des Prozeßrechts durch das Sozialstaatsprinzip, Diss. Frankfurt/M., Bern 1981.

Schönke, Adolf

- Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein zivilprozessualer Grundbegriff, AcP 150 (1949), 216.
- Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold, Frankfurt/M 1950.
- Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., Karlsruhe 1951.

Schönke Adolf,
Schröder, Niese,
Schopp, H.

Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1965.
Das Anerkenntnis im Wechselprozeß, ZZP 69 (1956), 1.

Schoofs, Hans-Gert

Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozeß, Diss. Münster 1980.

Schriever, Andreas

Anerkenntnis- Vorbehaltsurteile im Urkundenprozeß, MDR 1979, 24.

Schröder, Richard,
Eberhard v. Künßberg

Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin, Leipzig 1932.

Schulin, Friedrich

Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, Stuttgart 1889.

Schulte, Josef

Die Entwicklung der Eventualmaxime, Köln, Berlin, Bonn, München 1980.

- Schultze, Volker Der Streit um die Übertragung der Beweis-
aufnahme auf den beauftragten Richter. Lö-
sung über eine verfassungskonforme Auslegung
der Zivilprozeßnovelle, NJW 1977, 409.
- Schultzenstein, Max Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime
in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten,
ZZP 43 (1913) 301.
- Schulz, Fritz Geschichte der römischen Rechtswissenschaft,
Weimar 1961.
- Schulz, Peter Die politische Einflußnahme auf die Entstehung
der Reichskammergerichtsordnung 1548, Köln,
Wien 1980.
- Schumann, Ekkehard - Fehltrail und Rechtskraft. Eine dogmenge-
schichtliche Auseinandersetzung mit den
Leugnern des Fehltrails, Festschrift für
Bötticher, Berlin 1969, S. 289.
- Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des
Prozeßgesetzes, Festschrift für Karl Larenz,
München 1984, 571 ff.
- Schwab, Karl Heinz - Rechtskrafterstreckung auf Dritte, ZZP 71
(1958), 124.
- Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im
Zivilprozeß, JuS 1965, 81.
- Die Bedeutung der Entscheidungsgründe, Fest-
schrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburts-
tag, Berlin 1969, S. 321 ff.
- Anmerkung zu BGH, Urt. vom 15. Februar 1971, III
ZR 188/67, ZZP 84 (1971), 445.
- Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., München 19.
- Einführung zur ZPO, dtv-Text 15. Aufl. München
1985.
- Schwartz, Johann
Christoph - Die Novelle von 17./20. Mai 1898 und die
künftige Civilprozeßreform, Berlin 1902.
- Erneuerung deutscher Rechtspflege, Halle 1908.
- Schweitzer, Ernst
Emil Die Pflicht zur Wahrheit und das Recht auf
Geheimnisse im Zivilprozeß, JW 1914, 519.
- Schwerin, Claudius v. Germanische Rechtsgeschichte, 2. Aufl.,
Berlin 1943.
- Schwerin, Claudius v.,
Hans Thiemen Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4.
Aufl., Berlin, München 1950.
- Schwind, Hans Dieter "Ungebührliches" Verhalten vor Gericht und
Ordnungsstrafe, JR 1973, 133.
- Searle, John R. Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay,
Frankfurt/M. 1978.
- Seelig, Horst Die prozessuale Behandlung materiellrechtli-
cher Einreden - heute und einst, Köln, Berlin,
Bonn, München 1980.

- Seidl, Erwin Römische Rechtsgeschichte und römischer Zivilprozeß, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn 1971.
- Seiffert, Hellmut
Dietrich Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß in ihrer Auswirkung auf Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, Versäumnis- und Mahnverfahren, Freiburg 1951.
- Sell, Reinhard Probleme der Rechtsmittelbegründung im Zivilprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Sellert, Wolfgang Die Reichsjustizgesetze von 1977 - ein gedenkwürdiges Ereignis? JuS 1977, 783.
- Seuffert, Lothar v.,
Hans Walsmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., München 1932.
- Siebert, Ralf Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses, Köln 1973.
- Siegel, Ernst Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß, Jena 1904
- Siegel, Heinrich Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, Bd. II, Gießen 1857.
- Simitis, Konstantin Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960.
- Simitis, Spiros Die Bedeutung von System und Dogmatik - dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP 172 (1972), 131.
- Simon, Dieter Untersuchungen zum iustinianischen Zivilprozeß, München 1969.
- Skonietzki,
Gelpke Zivilprozeßordnung, Bd. 1, Berlin 1911.
- Sobernheim, Franz v. Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß. Berlin 1916.
- Sonnen, Theodor Der neue Zivilprozeß, Berlin 1924.
- Sperl, Kans Unwahrheit im Urteil, Festschrift für Franz Klein, Wien, 1914, 15 ff.
- Spohr, Tilman Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozeß, Diss. Göttingen 1969.
- Sprung, Rainer
 - Die Ausgangsposition österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht, ZZP 92 (1979), 12.
 - Zielsetzungen für eine Zivilprozeßreform JB1 1981, 338.
- Staab, Gerhard W. Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Diss. Würzburg 1973.

- Stahlmann, Günther
- Zur Theorie des Zivilprozesses. Von der Legitimation durch Verfahren, Königstein 1979.
 - Der Sachverständige als Modell des sozialen Zivilprozesses. Eine prozeßtheoretische Konzeption in: Pieper, Breunung, Stahlmann, Der Sachverständige im Zivilprozeß, München 1982, 71 ff.
- Stalev, Z.
- Das Verfahren als dynamischer Tatbestand, ZZP 88 (1975), 193.
- Staudinger, Julius v.
- Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 2. Halbbd. und Bd. II, Bd. I/2 bearbeitet von Hermann Dilcher, Bd. II bearbeitet von Dieter Medicus und Karsten Schmidt, 12. Aufl., München 1983.
- Steif, Leon
- Die Ausschaltungsbefugnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Dispositionsfreiheit der Parteien im Zivilprozeß, Diss. Frankfurt/M. 1969.
- Stein, Friedrich
- Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Parteien, Leipzig 1893, unveränderter Nachdruck Aalen 1969.
 - Zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ 1907, Sp. 1283.
 - Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 2. Aufl., Tübingen 1924.
 - Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. I 10. Aufl., Tübingen 1911. Bd. I 10./11. Aufl., Tübingen 1913.
- Stein, Friedrich,
Martin Jonas
- Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 16. Aufl., Tübingen 1938. 19. Aufl., bearbeitet von Rudolf Pohle u. a. Tübingen 1964. 20. Aufl., bearbeitet von Dieter Leipold, Wolfgang Grunsky, Münzberg, Ekkehard Schumann, Peter Schlosser, Tübingen 1977 ff.
- Steiner
- Studien zur Reform des österreichischen Civilprocesses, Innsbruck 1883 (anonym erschienen).
- Steinitz, Kurt
- Zur Wahrheitspflicht, JW 1914, 132.
- Steinwenter, Artur
- Neue Urkunden zum Byzantinischen Libellprozeß in: Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschrift Gustav Hanausek, Graz 1925, 36 ff.
- Stephan, Bodo
- Das Rechtsschutzbedürfnis. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses, Berlin 1967.
- Stratenwerth, Günter
- Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Bewertung hoheitlich gebotenen Handelns, Tübingen 1958.
- Struckmann, J.
Koch, R.
- Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, nebst den auf den Zivilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl., Berlin 1910.

- | | |
|---|---|
| Stürner, Rolf | <ul style="list-style-type: none"> - Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976. - Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozeß, NJW 1979, 1225. - Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, Tübingen 1982. |
| Süß, Theodor | Die Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses im Deutschen Zivilprozeß, Berlin 1921. |
| Sydow, Reinhold,
Lous Busch, Walter
Krantz, Franz Triebel | Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, 21. Aufl., Berlin, Leipzig 1935. |
| Thieme, Paul Hans | Verhandlungsmaxime, richterliche Aufklärungspflicht und Wahrheitspflicht im deutschen Zivilprozeß, Diss. Erlangen 1936. |
| Thomas, Bernd | Die Auswirkungen der im Aktiengesetz enthaltenen materiellen Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen auf Prozeßvergleich, Klageanerkennnis und Klageverzicht, Göttingen 1974. |
| Thomas, Heinz,
Hans Putzo | Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, 13. Auflage, München 1985. |
| Tiedtke, Klaus | Baubetreuungsvertrag und Schwarzarbeit, NJW 1983, 713. |
| Unger, Joseph | System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 4. Aufl., Leipzig 1894. |
| Vierhaus, Felix | Soziale und wirtschaftliche Aufgaben der Zivilprozeß-Gesetzgebung, Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50. Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des wirklichen Geheimen Rats Dr. Richard Koch, 1903, S. 37 ff. |
| Vollkommer, Max | <ul style="list-style-type: none"> - Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen, ZZP 81 (1968), 102. - Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, München 1973. - Anmerkung zu BVerfG, Beschl. vom 24.03.1976, 2 BvR 804/75, Rpfleger 1976, 393. |
| Wach, Adolf | <ul style="list-style-type: none"> - Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, Krit Vjschr 14 (1872), 329. - Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung <ul style="list-style-type: none"> - 1. Aufl., Bonn 1879 (Zit.: Wach, Vorträge, 1. Aufl.) - 2. Aufl., Bonn 1896. - Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885. - Der Rechtsschutzanspruch, ZZP 32 (1904), 1. |

- Grundrissen und Reform des Zivilprozesses,
Berlin 1914.
- Wacke, Andreas,
Horst Seelig Anmerkung zu OLG Bremen, Beschl. vom 14.08.
1979, 1 W 2879, NJW 1980, 1170.
- Waldner, Wolfram Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im
Zivilprozeß, Erlangen 1983.
- Walther, Jürgen Beweisantritt der nicht beweispflichtigen Par-
tei, NJW 1972, 237.
- Warneyer, Otto Die Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., Leipzig 1920.
- Wassermann, Rudolf - Spezialisierung nutzt der Justiz, ZRP 1970, 5.
- Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens in:
Naucke, Trappe (Hrsg), Rechtssoziologie und
Rechtspraxis, Neuwied, Berlin 1970, 127 ff.
- Justiz im sozialen Rechtsstaat, Darmstadt,
Neuwied 1974.
- Zivilprozeß im Sozialstaat, RuP 1975, 1.
- Möglichkeit und Grenzen "sozialkompensatori-
scher" Justiz, RuP 1974, 162.
- Gleicher Rechtsschutz für alle, RuP 1975, 1.
- Der soziale Gedanke im Zivilprozeß, RuP 1977,
136.
- Inhalt und Grenzen kompensatorischer Verhand-
lungsführung, RuP 1978, 1.
- Der soziale Zivilprozeß, Neuwied, Darmstadt
1978.
- Menschenwürde und Gerichtsverfahren RuP 1979,
76.
- Glanz und Elend der Verhandlungsmaxime im Zi-
vilprozeß RuP 1980, 98.
- Die Verfassungsentscheidung für die recht-
sprechende Gewalt - eine Konsequenz des GG aus
dem Niedergang des Rechts im NS-Regime,
DRiZ 1984, 6.
- Weber, Max Rechtssoziologie, 2. Aufl., Neuwied 1967.
- Weismann, Jakob Zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis, BayZ
1909, 217.
- Welsch, J. B. Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege in
Bayern, Heft 1, München 1819.
- Wenger, Leopold - Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts,
München 1925.
- Wandlungen im römischen Zivilprozeß in: Abhand-
lungen zur Antiken Rechtsgeschichte, Fest-
schrift für Gustav Hanausek, Graz 1925, S.
- Praetor und Formel in: Sitzungsbericht der
bayer. Akademie der Wissenschaften, philoso-
phisch-philologische und historische Klasse,
Jahrgg. 1926, 3. Abhandlung, München 1926.
- Wernz, J. Kommentar zur Prozeßordnung in bürgerlichen
Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern
München 1971.

- Wetzell, Georg Wilhelm Das System des ordentlichen Zivilprozesses,
3. Aufl., Leipzig 1878, Neudruck Aalen 1969.
- Weyers, Hans Leo Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime
im Zivilprozeß in: Dogmatik und Methode,
Festschrift für Josef Esser zum 65. Geburts-
tag, Kronberg 1975, 193 ff.
- Wichmann, Fritz Die Offizialmaxime im arbeitsgerichtlichen
Beschlußverfahren, AuR 1973, 202.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, bearb. v.
Bernhard Wieczorek, Georg Rössler, Rolf A.
Schütze, 2. Aufl., Berlin, New York 1975 - 1981
- Wieding, Karl Der Iustinianische Libellprozeß, Wien 1865.
- Wieser Der Rechtsschutz des Klägers im Zivilprozeß,
Bielefeld 1971.
- Wildhagen Der Gemeinschaftsgedanke und das Erkenntnis-
verfahren im bürgerlichen Rechtsstreit, ZRP
60 (1936/37), 159.
- Wittgenstein, Ludwig Philosophische Untersuchungen, Frankfurt/M.
1963.
- Wittmaack, H. Das gerichtliche Geständnis, AcP 88 (1898), 1.
- Wlassak, Moritz Die klassische Prozeßformel, Bd. I, S. Ber. Ak.
Wien, 202, 3, 1924.
- Woesner Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei NJW 1959,
862.
- Wolf, Josef C. Die litis contestatio im römischen Zivilpro-
zeß, Karlsruhe 1968.
- Wolf, Manfred
- Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, Bad Homburg,
Berlin, Zürich 1968.
 - Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und
vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen
1970.
 - Gerichtliches Verfahrensrecht, Reinbek 1978.
 - Entwicklungstendenzen im Zivilverfahrensrecht,
ZRP 1979, 175.
- Würthwein, Martin Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die
Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß, Berlin 1977.
- Wurzer, Gustav Die Lüge im Prozeß, ZRP 49 (1920), 463.

- Zeiss, Walter Die arglistige Prozeßpartei. Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses, Berlin 1967. Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Tübingen 1985.
- Zettel, Günther Der Beibringungsgrundsatz, Berlin 1977.
- Zeuner, Albrecht Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München 1965, 1013 ff.
- Ziletti, Ugo Studi sul processo civile giustiziano, Milano 1965.
- Zippelius, Reinhold - Legitimation durch Verfahren? Festschrift für Karl Larenz, München 1973, 293 ff.
- Das Wesen des Rechts, 4. Aufl., München 1978.
- Rechtsphilosophie, München 1982.
- Zitscher, Wolfram Mut zu neuem Zivilprozeß, ZRP 1977, 27.
- Zöllner, Richard Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Reinhold Geimer, Peter Gummer, Josef Mühlbauer, Peter Philippi, Egon Schneider, Dieter Stephan, Kurt Stöber, Max Vollkommer, 14. Aufl., Köln 1984.

§ 1 Aufgabenstellung

Es ist die Aufgabe staatlicher Normen, dem einzelnen Orientierungssicherheit¹ zu schaffen. Er muß wissen oder erkennen können, was ihm zu tun erlaubt, was verboten ist. Zur Möglichkeit der Verhaltenssteuerung hat die Staatsgewalt allgemeingültige Verhaltensrichtlinien aufzustellen. Denn, "vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was rechters² sein soll."³ Diese zunächst auf das materielle Recht, die Verwirklichung zwischenmenschlicher Beziehungen, abgestellte Betrachtungsweise gilt aber auch für das Prozeßverfahren.

Ein Prozeß ist "Die Auseinandersetzung zwischen zwei Parteien . . . über ein Rechtsverhältnis in einem vor einem Gericht anhängigen Verfahren."⁴ Im Streit ist ein real existentes Rechtsverhältnis, worunter die tatsächliche Lebensbeziehung unter den Personen, geregelt durch die Vorschriften des materiellen Rechts, zu verstehen ist.⁵ In diesem Sinne dient das Streitverfahren der Realisierung der durch staatliche Normen und Einzelentscheidungen⁶ aufgestellten Verhaltensrichtlinien, schafft also die Realisierungsgewißheit.⁷ Doch auch hier im Rahmen der Rechtsdurchsetzung ist es unerläßlich, dem Rechtssuchenden Orientierungsrichtlinien zu geben. Er muß sein Verhalten so ausrichten, daß die Chance zur Rechtsdurchsetzung (Realisierungsgewißheit) - nach den Voraussetzungen des materiellen Rechts - wargenommen werden kann. Diese Erforderlichkeit eines normativ geregelten Prozeßverlaufs bedingt, daß der einzelne seine Rechte und Pflichten als Prozeßpartei erkennen können muß. Beispielhaft gehören hierzu die Verpflichtung zur Prozeßförderung (§ 282 ZPO), die Verpflichtung alle, auch ungünstige Tatsachen vorzutragen (§ 138 I, II ZPO), das Recht, zu allen gegnerischen Behauptungen Stellung nehmen zu können (Art. 103 I GG; § 579 ZPO), das Recht Beweisanträge zu stellen (§ 130 ZPO) und sich der Aussage bei be-
antragter Parteivernehmung zu widersetzen (§ 446 ZPO).

Einen Teilaspekt der prozessualen Orientierungssicherheit stellt unser Untersuchungsthema dar: Ist es den Parteien gestattet, das Gericht in der Beurteilung des tatsächlichen Geschehensablaufs oder einzelner Rechtsfragen zu binden und, wenn ja, wie weit geht diese Sperrbefugnis?

Eine Lösung scheinen die Fragen in den Grundsätzen "da mihi facta, dabo tibi ius" und "iura novit curia" erfahren zu haben. Danach urteilt der Richter nach dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt.⁸ Was nicht vorgetragen ist, bleibt außer Betracht. Umgekehrt ist der Richter in der Rechtsanwendung frei. Er entscheidet den Rechtsstreit ohne Bindung an etwa kundgegebene Rechtsansichten der Parteien.⁹

Schon früh wurde der mangelnde Einfluß des Richters auf die Stoffsammlung als ungerecht empfunden;¹⁰ so billigt man teilweise seit der Wahrheitspflichtnovelle 1933¹¹ und spätestens seit der Beschleunigungsnovelle 1977¹² dem Gericht die Möglichkeit der Mitwirkung bei der Stoffsammlung zu.¹³ Es soll verpflichtet sein, den wahren Sachverhalt zu erforschen.¹⁴ Tatsachendispositionen der Parteien sind danach nicht zulässig.

Wird im Bereich der Stoffsammlung ein bestimmender Einfluß der Parteien noch überwiegend bejaht,¹⁵ war im Rechtsbereich die Tendenz gegenläufig. In weiten Teilen redete man keiner alleinigen richterlichen Bastion mehr das Wort. Auch den Parteien sollte in gewissen Grenzen Einfluß auf die Rechtsanwendung zukommen;¹⁶ sie sollten befugt sein, über die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften zu bestimmen.

Für Tatsachendispositionen - deren Zulassung oder Ablehnung - stand zumeist die jeweils vorherrschende Ideologie Pate;¹⁷ doch gilt dies für rechtliche Parteiabreden nicht in gleichem Umfang. Die einzelne Prozeßpartei, nicht die Wahrheitsfindung

um jeden Preis steht hier im Vordergrund. Deren Autonomie gelte es auch im Bereich des rechtlichen anzuerkennen.¹⁸ Diese dürfe sich nicht auf die Möglichkeit der autonomen Regelung der eigenen Rechtsbeziehungen zu Dritten beschränken, sondern auch und gerade im rechtlichen Bereich des Prozesses gelte es, die Privatautonomie zu verwirklichen.

Einige Beispiele mögen die angesprochene Problematik verdeutlichen:

Bsp: Der klagende Bodenleger hatte im Haus des Beklagten den Wohnzimmerbelag verlegt. Er verlangt mit der anhängigen Klage seinen Werklohn. Die Bodenfliesen weisen Mängel auf, die vom Kläger herrühren. Der Beklagte kann jedoch die Ursächlichkeit nicht beweisen. Er bestreitet den klägerischen Vortrag mangelfreier Erbringung der Werkleistung daher nicht, wendet aber eine Fälligkeitsabrede ein. Wegen der Wirkung des § 138 III ZPO ist die Mangelfreiheit dem Urteil bindend zugrunde zu legen. Die Parteien haben über eine entscheidungserhebliche Tatsache disponiert.

Bsp: Der Kläger des vorherigen Falles hatte nicht mit dem Beklagten kontrahiert, sondern war als Subunternehmer des vom Beklagten bestellten Bauunternehmers tätig geworden. Er verklagt nunmehr den Bauherrn auf Werklohn. Dieser erklärt ausdrücklich, sich nicht auf das fehlende Vertragsverhältnis berufen zu wollen. Er müsse ja ohnehin zahlen, wobei es ihm egal sei, ob an den Kläger oder an den Bauunternehmer, der zwischenzeitlich in Konkurs gefallen sei. Allerdings solle der Kläger auch die erweislich von ihm stammenden Mängel Zug um Zug gegen die Zahlung beseitigen.¹⁹ Ist es möglich, daß die Parteien das Gericht zwingen können, eine rechtliche Voraussetzung ungeprüft, ja wider besseren Wissens zu unterstellen?

Diese beiden Fälle, die sicherlich nicht alle denkbaren Varianten abdecken, sind dennoch geeignet, einen Eindruck unserer Problematik zu vermitteln. Können die Parteien das Gericht bei der Sachverhaltserforschung und der rechtlichen Würdigung binden? Ist eine solche Bindung auch dann zu bejahen, wenn der Richter - bezogen auf den Sachvortrag - den wahren Verlauf kennt oder, wenn er berechtigte Zweifel an der Wahrheit des Parteivorbringens hat? Besteht vielleicht nur eine den genannten Grundsätzen "da mihi facta, dabo tibi ius" und "iura novit curia" gemäße Parteifreiheit? Dann wäre der Richter zumindest in der Rechts-

anwendung frei. Oder erlegt § 138 I ZPO dem Gericht auch die Ermittlung des Sachverhalts auf?

Aufgabe dieser Arbeit wird es sein, nach Zweck und Rechtfertigung des Zivilprozesses in seiner bestehenden Form zu fragen. Insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Dispositionen gilt es, die Funktion des Prozesses für die Parteien zu ermitteln. Dient er nur der Rechtsdurchsetzung oder ist er nur ein weiteres Mittel der Rechtssetzung, der Privatautonomie? Dagegen betrifft die Tatsachendisposition im wesentlichen die Gestaltung des Zivilverfahrens, seinen konkreten Ablauf. Aus diesem kann im Zusammenhang mit dem Zweck des Prozesses auf die Dispositionsbefugnis rückgeschlossen werden.

Bereits jetzt ist aber zu bemerken, daß eine völlige Orientierung am Richter des anglo-amerikanischen Rechtskreises nicht erfolgen kann.²⁰ Weder ist in ihm ein Idealbild zu sehen, um einer völligen Freiheit der Parteien im Tatsachenbereich oder einer absoluten Parteiabhängigkeit im rechtlichen das Wort zu reden.²¹ Für beide Extreme fehlt eine Grundlage in unserem Prozeßrecht. Dies zeigen schon allein die mannigfachen Vorschriften, die eine Mitwirkung des Gerichts bei der Stoffsammlung anordnen, wobei besonders §§ 139, 141, 142, 143, 445 ff. ZPO zu nennen sind. Dergleichen legen aber die Vorschriften der §§ 138 III, 288 ZPO in diesem Bereich auch eine Mitwirkung der Parteien nahe.

Anmerkungen:

- 1) Zum Begriff Zippelius, Rechtsphilosophie, § 12 II 2, § 24; ders., Das Wesen des Rechts, Kap. 22 b, c.
- 2) Hervorhebung vom Verfasser.
- 3) Radbruch, Rechtsphilosophie, § 10, 3; ders., Vorschule, § 9; Zippelius, Das Wesen des Rechts, Kap. 22 e.
- 4) Creifelds, Rechtswörterbuch, 6. Aufl. (1981), Stichwort "Rechtsstreit".

- 5) Creifelds, Rechtswörterbuch, 6. Aufl. (1981), Stichwort "Rechtsverhältnis".
- 6) Hierzu rechnen auch behördliche Erlasse und höchstgerichtliche (gefestigte) Rechtsprechung, vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie, § 24 V und besonders VI.
- 7) Zippelius, Das Wesen des Rechts, Kap. 22 b; vgl. auch Habscheid, ZZP 96 (1983), 306.
- 8) Vgl. Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 75 ff.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I, II; Brüggemann, iudex statutor, S. 100 ff.; Grunsky, Grundlagen § 3 und aus der Rechtsprechung RGZ 41, 285 (293); RGZ 57, 187; RGZ 151, 93; BGH, NJW 1958, 1968.
- 9) Dies schließt das Recht zur Darlegung einer Rechtsansicht nicht aus. Vgl. auch RGZ 80, 363; RGZ 103, 95; BGH, JR 1969, 102; BGH, NJW 1958, 1968; Bruns, annales universitatis saraviensis, Bd. II, S. 237 ff.; Rosenberg, ZZP 49 (1925), 38; Schultzenstein, ZZP 43 (1913), 301.
- 10) Vgl. insbesondere Klein, pro futuro (1891). Aus sozialen Gründen sollte der "Kampf ums Recht" (Bülow, AcP 62 (1879), 1 (88)) abgebaut und der schwächeren Partei Hilfe geleistet werden. Vgl. zum Ganzen auch Damrau, § 11.
- 11) RGBl. 1933 I, S.780.
- 12) BGBl. 1976 I, S.3281.
- 13) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245; Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit (1970); E. Schneider, MDR 1977, 969 ff. (971); ders., MDR 1977, 353 (355 ff.); ders., DRiZ 1980, 220; ders., MDR 1982, 237; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (1978), insbes. S. 97.
- 14) Dazu soll das Gericht jedwede Aufklärung betreiben können, Bender-Belz-Wax, S. 7.
- 15) Vgl. nur Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I, II m. w. N.
- 16) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 ff.; Grunsky, Grundlagen, § 3 II; ders., ZZP 88 (1975), 49 (61); Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff.
- 17) Instruktiv Leipold, JZ 1982, 441 ff.
- 18) Vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; Wolf, Ane-

kennntnis, S. 57 ff.; mit anderer Begründung auch Würthwein, S. 101 (105).

- 19) Fall nach Brehm, S. 150; vgl. dazu auch Gottwald, AcP 183 (1983), 201 (204), der Brehm die Mißachtung der Dispositionsmöglichkeiten mit diesem Beispiel vorwirft.
- 20) Diesen bemüht Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, zuweilen, um die Parteifreiheit zu begründen.
- 21) Vgl. dazu die Besprechung von Brehm, a. a. O. (Fn. 20), durch Gottwald, AcP 183 (1983), 201.

ERSTER HAUPTTEIL: DISPOSITION ÜBER TATSACHEN

§ 2 GrundlegungI. Die Aufgabenverteilung im Zivilprozeß

Dem Grundsatz "da mihi facta, dabo tibi ius" entsprechend sind allein die Parteien zum Tatsachenvortrag befugt. Nicht vortragene Tatsachen darf der Richter nicht im Urteil verwerten, mögen sie auch entscheidungsrelevant sein. Ohne Belang ist, ob die weiteren Umstände dem Richter persönlich bekannt waren oder erst von ihm ermittelt wurden.¹ Ein derart ausgestaltetes Verfahren wird als von der Verhandlungsmaxime² beherrscht angesehen.

Die RCPO (1877) wurde als nach der Verhandlungsmaxime ausgerichtet angesehen.³ Auch der heutige Zivilprozeß wird noch als von der mit dem Begriff Verhandlungsmaxime belegten Parteifreiheit beherrscht angesehen,⁴ wenngleich sich die Gegenstimmen mehren.⁵ Doch auch die Befürworter des Grundsatzes sehen in ihm kein "unverbrüchliches Dogma",⁶ unter das ohne weiteres subsumiert werden kann. Die Verhandlungsmaxime ist nicht gleichbedeutend mit umfassender Parteifreiheit im Prozeß. Sie bringt nur Mitwirkungsbefugnisse der Parteien zum Ausdruck, soweit die Stoffsammlung in Rede steht, ohne eigenen Argumentationswert⁷ zu besitzen. Von der Geltung der Maxime kann nicht auf eine bestimmte Gestaltung des Zivilverfahrens geschlossen werden; vielmehr ist aus dem Verfahren auf den Verfahrensgrundsatz rückzuschließen. Sonach ist zu untersuchen, ob noch heute von einer Herrschaft der Parteien über den Tatsachenstoff die Rede sein kann. Bejahendenfalls bedeutete dies einen Hinweis in Richtung einer parteilichen Dispositionsmöglichkeit. Können die Parteien

allein den Tatsachenstoff vortragen, so liegt es in der Natur der Sache, daß sie einzelne Punkte des wahren Geschehens auch verschweigen können. Das Gericht wäre nicht ohne weiteres befugt, die wahren Umstände als Prozeßstoff einzuführen oder gar den Wahrheitsgehalt der Parteiaussagen zu überprüfen.

Des ungeachtet bleibt aber festzustellen, daß bei einer reinen Verhandlungsmaxime das Gericht zu weitgehender Passivität verurteilt wäre. Die Möglichkeit zur Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung wäre auf die streitigen Behauptungen reduziert. Allein dort könnte es den tatsächlichen Parteistreit durch Beweiserhebung entscheiden. In der Tat sah der "Schöpfer" der Verhandlungsmaxime, Nikolaus Thaddäus v. Gönner, diese auch so in ihrer grundsätzlichen Form.⁸ Sein Schlagwort lautete "nichts von Amts wegen".⁹

Dieses Verständnis hat aber gerade in jüngerer Zeit zunehmend Kritik hervorgerufen. Die Verhandlungsmaxime wurde unter Hinweis auf verschiedene "Durchbrechungsvorschriften" abgelehnt.¹⁰ Man liest in diesem Zusammenhang Vorwürfe wie "dogmatische Verkrustung"¹¹ und "Isolation"¹² der überkommenen Auffassung. Das Prozeßverständnis habe sich, bedingt durch einen Wandel der Gesellschaftsstruktur und dadurch bedingte Novellierungen der ZPO verändert.¹² Ja, die Verhandlungsmaxime wird sogar als vernunftrechtliche Fehlabbildung verfehmt, die eigentlich nie ein Grundsatz der Prozeßordnung gewesen sei.¹³ Ihr Leben verdanke sie nur der Maximenmanie der Epigonen v. Gönners,¹⁴ seither werde sie als ein "gehätschelter Fetisch"¹⁵ gepflegt. Im heutigen Zivilverfahren sei aber der Richter vielmehr befugt, jedwede Aufklärung zu betreiben.¹⁶

Der Unmut der Kritiker rührt nicht zuletzt daher, daß bei strikter Ausrichtung des Verfahrens nach dieser Maxime der Richter in die Nähe eines Rechtscomputers gerückt wird. Bemüht

wird die Aussage einer alten deutschen Gerichtsordnung, wo es heißt "er soll sitzen auf dem Richter-Stuhl, wie ein griesgrimmiger Löw, und soll schlagen seinen rechten Fuß über den linken."¹⁷ Der vom Reichsgericht¹⁸ als "obersten Grundsatz des Zivilprozesses" bezeichneten Maxime¹⁹ wird vorgeworfen, selbst bei Schaffung der RCPO (1877) nicht konsequent durchgeführt und damit kein Grundsatz derselben geworden zu sein.²⁰

Das Vorstehende verdeutlicht den weiteren Fortgang unserer Untersuchung. Zunächst gilt das Augenmerk dem Einfluß der Parteien auf den Streitstoff und dessen Beschaffung.²¹ Sollte sich ein solcher erweisen, so ist der Umfang der Parteiherrschaft abzustecken. Hierbei gewinnen vor allem der Zweck des Zivilverfahrens und die im Prozeßrecht statuierte Wahrheitspflicht Bedeutung.²² Danach sind - sollte sich ein bestimmendes Gewicht zugunsten der Parteifreiheit ergeben - deren Grenzen im Hinblick auf parteiliche Dispositionen abzustecken.²³

Anmerkungen:

- 1) Vgl. dazu Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 76; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I, II; Brüggemann, iudex statutor, S. 100 ff. Zum privaten Wissen des Richters vgl. Stein, Das private Wissen des Richters, 1893; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (24).
- 2) Zum Begriff und ursprünglichen Verständnis der Maxime vgl. v. Gönner, Handb. I, S. 175 ff. und unten § 3 I.
- 3) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs); s. u. § 3 IV 1.
- 4) Arens, ZPR, § 14 II; Blomeyer, § 14 II; Jauernig, ZPR, § 25 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 1; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 8 I 2; Zeiss, ZPR, § 27; Grunsky, Grundlagen, § 18 II; Habscheid, ZZP 96 (1983), 306 (308 ff.); Nagel in: Humane Justiz, S. 57; Prütting, NJW 1980, 361; Schönfeld, Verhandlungsmaxime und Sozialstaatspostulat, 1981; Wolf, ZRP 1979, 176 (181); vgl. auch die Kommissionsberichte der Kommission

zur Reform der ZPO Bonn 1961, S. 238 ff. und Bonn 1977, S. 126 ff.

- 5) Vgl. dazu die Nachweise unten § 3 II 3, 4.
- 6) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I.
- 7) So aber z. B. RG, Recht 1910, Nr. 3784; OLG Frankfurt, NJW 1970, 1884; OLG Kassel, NJW 1949, 232; KG, JW 1931, 87 (88); BayObLG, Recht 1906, Nr. 120; Baumbach, ZPO, 18. Aufl., § 139, Anm. 2 C; Freudenthal-Sauerländer, ZPO, 4. Aufl. § 139, Anm. 2; Petersen-Remele-Anger, CPO, § 139, Anm. 2; Reincke-Wienstein, CPO, § 139, Anm. I 2 a; Seuffert-Waismann, ZPO, 12. Aufl., § 139, Anm. 1 b; Stein-Jonas, ZPO, 16. Aufl., § 139, Anm. II 1 c, 2; Struckmann-Koch, CPO, 9. Aufl., § 139 Anm. 2; Warneyer, ZPO, 4. Aufl., § 139, Anm. I 3; Kleinfeller, ZPR, 3. Aufl., § 56 III; Loewenwald, ZPR, § 60 I 2.
- 8) Handb. I, S. 183.
- 9) Inwieweit z. B. das richterliche Fragerecht der Verhandlungsmaxime widerspricht vgl. unten § 5 III 1.
- 10) Dies erkennt E. Peters, ZZP 96 (1983), 279 (282), wenn er meint, die Geltung der Verhandlungsmaxime entspreche allgemeiner Auffassung.
- 11) Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 ff.
- 12) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97 ff.; E. Schneider, MDR 1979, 975 ff., der einen "Wandel im Geist des Gesetzes" sieht. Vgl. auch Bathe, S. 221 (225); vorsichtiger Zetzel, S. 142 ff., 178 ff.
- 13) Bomsdorf, S. 179 ff.
- 14) Bomsdorf, S. 158 ff.
- 15) Baumann, Grundbegriffe, S. 31.
- 16) Bender-Beiz-Wax, S. 7.
- 17) Zitat nach Bomsdorf, S. 243. Vgl. dazu auch Roßmanith, AuR 1977, 171 (172).
- 18) RGZ 151, 93. Der BGH sprach noch 1970 von einer allgemeinen Maxime des Prozeßrechts, BGHZ 53, 254.
- 19) Bettermann, JBl 1972, 57; ders., ZZP 88 (1975), 347; Hoitgrave, ZZP 86 (1973), 1; Leipold, JZ 1982, 441;

Nagel in: Humane Justiz, S. 53; Prütting, NJW 1980, 361; Seilert, JuS 1977, 787; Wolf, ZRP 1979, 181; vgl. auch Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (657 ff.).

- 20) Bomsdorf, S. 245 ff. (249), unter Hinweis auf die Möglichkeit amtswegiger Beweisaufnahme bei Sachverständigen, Urkunden, Augenschein und Parteivernehmung. Durchbrechungen der Verhandlungsmaxime leugnen nicht einmal deren Befürworter (vgl. nur Habscheid, ZZP 96 (1983), 306 (308, 309) m. w. N.). Die Frage ist also, inwieweit diese den Grundsatz insgesamt in Frage stellen.
- 21) Siehe unten §§ 3 ff.
- 22) Siehe unten § 6.
- 23) Siehe unten § 7.

II. Der Tatsachenbegriff

Wie schon die Eingangsfälle¹ zeigen, ist die Grenze zwischen Tatsachen und Rechtsfragen oft fließend.

Unter "Tatsachen" werden allgemein "konkrete, nach Zeit und Raum bestimmte, der Vergangenheit oder Gegenwart angehörende Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Innenlebens" verstanden.² Entscheidendes Kriterium der Tatsachen ist deren Beweiszugänglichkeit. Jede einzelne ist von Dritten erkennbar und feststellbar. Ihr Geschehen steht unverbrüchlich fest. Umgekehrt ist keine Tatsache, was nicht geschehen ist.³

Darüber hinaus sucht Mitsopoulos Tatsachen auch danach abzugrenzen, ob auch ontologisch Erkanntes "als eine Synthese des realen und irrealen Seins in einem einheitlichen Ganzen" zu diesem Begriff gehört. Damit kommt er zum Ergebnis, Tatsache sei, "was im historischen Leben als empirischer Inhalt des gesetzlichen Tatbestandes erscheint und durch das Daseins- und Soseinsurteil erkannt wird."⁴

Anmerkungen:

- 1) Vgl. oben 1; unten § 8 II und die Entscheidung BAG, DB 1981, 103.
- 2) BGH, DRiZ 1974, 27; KG, NJW 1980, 2031; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 282, Anm. 2; Jauernig, ZPR, § 49 VI; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1; Brüggemann, Iudex statutor, S. 121 ff.; Anhalt, S. 10. Zum Gegenteil des reinen Werturteils vgl. BGH, NJW 1978, 751 (m. w. N.); Pärn, NJW 1979, 2545. Vgl. Mitsopoulos, ZJP 91 (1968), 251 (266 ff.).
- 3) Daraus leiten Anhalt, S. 10, und Bernhardt, JZ 1963, 245 (246) ab, daß über Tatsachen nicht disponiert werden könne.
- 4) ZJP 81 (1968), 251 (266, 267).

III. Dispositionen der Parteien

Die Parteien können nach dem Vorerwähnten allenfalls im Wege einer bewußt oder unbewußt falschen Sachdarstellung disponieren. Sie tragen Geschehensabläufe oder Zustände vor, die sich nicht oder nicht so zugetragen haben oder sie klammern tatsächlich geschehene Umstände aus ihrem Vortrag aus. Dem Gericht wird damit ein Sachverhaltsbild "vorgespiegelt", das vom wahren Geschehen - den Tatsachen - abweicht. Die Erweislichkeit dieser Tatsachenbehauptungen spielt dann keine Rolle mehr, wenn die Parteivorträge bindend sind; es fehlt dann an der Beweisbedürftigkeit.¹

Vorschriften, die ein solches Verhalten gestatten, sind in der ZPO an verschiedenen Stellen erkennbar. Zuvorderst sind die §§ 138 III; 288 ZPO zu nennen. Sie sehen eine Bindung an tatsächliches Vorbringen insoweit vor, als es von der Gegenpartei nicht bestritten² oder ausdrücklich zugestanden wird. Daneben erblicken andere³ auch in §§ 306, 307 ZPO die Grundlagen einer Parteidisposition im Tatsachenbereich. Wenn die Parteien schon die Prüfung der gesamten materiellen Rechtslage durch das Gericht ausschließen könnten, müsse dies erst recht für die tatsächlichen Voraussetzungen gelten.

Zu beachten bleiben aber auch die Einwände gegen eine solche Tatsachendisposition, die aus § 256 ZPO⁴ und § 286 ZPO⁵ hergeleitet werden.

Anmerkungen:

- 1) Vgl. nur Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1.
- 2) Bei bloßem Nichtbestreiten (§ 138 III ZPO) ist jedoch ein freier Widerruf des fingierten Geständnisses bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung möglich

(BGH, LM Nr. 19 zu § 295 ZPO; BGH, VersR 1977, 844;
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138, Anm. 4;
Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 15).

- 3) So Blomeyer, ZPR, § 13 II; Hellmann, ZPR, § 56; ähnlich
Lent, ZRP 63 (1943), 3 (43 ff., 46, 47); vgl. dazu auch
unten § 7 I 1.
- 4) Dazu unten § 7 I 2.
- 5) Dazu unten § 7 I 3.

§ 3 Verhandlungsmaxime und Zivilverfahren

I. Begriffsklärung

Vor Erörterung der Verhandlungsmaxime und der Frage nach ihrer Geltung ist es notwendig, eine genaue Begriffsklärung vorzunehmen. Einerseits hat eine Abgrenzung zum Untersuchungsgrundsatz, andererseits, was wesentlich diffiziler ist, zur Dispositionsmaxime stattzufinden. Eine klare Festlegung ist schon deshalb erforderlich, weil im folgenden immer wieder von Dispositionen der Parteien die Rede sein wird, die aber keineswegs der Dispositionsmaxime unterzuordnen sind.

Ein Eingehen auf alle Streitfragen ist hierbei nicht veranlaßt. Diese sind bereits mehrfach Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung geworden. Im Nachfolgenden gilt es allein die Begriffsinhalte herauszustellen. Weitergehend darf auf die Ausführungen Prüttings¹ verwiesen werden.

1. Der Verhandlungsgrundsatz

Der Verhandlungsgrundsatz besagt, daß ausschließlich die Parteien den erheblichen Streitstoff in den Prozeß einführen, dessen Beweisbedürftigkeit bestimmen und gegebenenfalls den Beweis antreten.² Umgekehrt darf das Gericht nichts für das Urteil verwerten, was von ihnen nicht vorgetragen wurde.³ Die Verhandlungsmaxime ist Ausdruck der staatlichen Interesselosigkeit an der Zivilstreitigkeit.⁴ Das Wort "ausschließlich" darf nicht dahin mißverstanden werden, daß das Gericht gehindert wäre in Einzelfällen, etwa, wenn die Parteien damit einverstanden sind, auch neue Tatsachen einzuführen bzw. Beweis zu erheben. Entscheidend bleibt allein, daß den Parteien die letzte Entscheidung bei amtswegiger Ermittlungstätigkeit zusteht.⁵

Weitgehend synonym wird in der Literatur der Begriff Beibringungsgrundsatz verwendet.⁶ Die Angriffe Zettels⁷ hiergegen,

der beiden Begriffen verschiedenen Bedeutungsgehalt beimessen will, vermögen nicht zu überzeugen.⁸

Im folgenden wird weiterhin vom Begriff der Verhandlungsmaxime ausgegangen. Zwar ist dieser unschärfer, jedoch entspricht er der noch vorherrschenden Terminologie.

2. Die Dispositionsmaxime

Unter der Dispositionsmaxime versteht man die Herrschaft der Parteien über den Streitgegenstand.⁹ Sie bestimmen, worüber gestritten werden soll; ihr Rechtsschutzbegehren legt den Streitgegenstand fest.

Teilweise rechnet man die Herrschaft über den Streitgegenstand der Verhandlungsmaxime zu.¹⁰ Dabei wird jedoch unzulässigerweise die Stoffsammlung mit dem Streitgegenstand in Beziehung gesetzt. Die Verzahnung beider Maximen erklärt sich aus dem ursprünglichen Verständnis der Verhandlungsmaxime, der beide Begriffsinhalte zugerechnet wurden.¹¹ Erst Ortloff¹² stellte den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt heraus, was in der Folgezeit zu einer begrifflichen Trennung führte.

Andere¹³ unterstellen der Dispositionsmaxime auch die Befugnis, einen Prozeß zu beginnen und über die Fortsetzung eines bereits anhängigen Verfahrens zu entscheiden. Diese Rechte beruhen aber auf denselben Grundlagen wie die materielle Verfügungsfreiheit. Es ist daher klarer, das formale "Inganghalten" des Prozesses unter dem Begriff des Prozeßbetriebes (Parteietrieb) zu erfassen.¹⁴ Die Dispositionsmaxime beinhaltet dann allein die Befugnis, Umfang und Dauer des Prozesses zu bestimmen.

3. Untersuchungsgrundsatz und Officialprinzip

Diese beiden Begriffe bilden das Pendant zu Verhandlungs- und Dispositionsmaxime.

Ersterer erlegt dem Gericht die Verantwortung zur Sammlung des Streitstoffes auf. Es hat von Amts wegen die Urteilsgrundlagen zu beschaffen und selbst Ermittlungen anzustellen. Der Untersuchungsgrundsatz ist in verschiedenen Verfahrensarten verankert. Er gilt für den Strafprozeß (§ 244 II StPO), die Öffentlichrechtlichen Streitigkeiten (§ 86 VwGO; § 76 FGO; § 103 SGG) und sogar für manche zivilrechtliche Streitsachen (§ 12 FGG; §§ 616, 617, 640 I, 653, 670 I ZPO). Die Unterscheidung von Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz ist jedoch solange nur theoretischer Natur, als in den Verfahrensarten, in denen dem Gericht kein der Staatsanwaltschaft vergleichbares Untersuchungsorgan zur Verfügung steht, dem Richter zumeist keine andere Wahl bleibt, als sich auf die Angaben der Parteien zu verlassen.¹⁵ Geben diese keine Hinweise auf eine klärungsbedürftige Frage, so ist es dem Gericht zumeist, und meist nicht nur aus Zeitgründen, unmöglich, ins Blaue hinein Nachforschungen zu betreiben. Die unterschiedlichen Maximen haben in diesem Bereich eine weitgehende Annäherung erfahren.¹⁶

Unter Geltung der Officialmaxime liegt der Prozeßgegenstand in den Händen des Gerichts. Die Parteien sind nicht frei, den Prozeßumfang zu bestimmen oder beliebig zu ändern.¹⁷

Anmerkungen:

1) NJW 1980, 361 ff. m. w. N.

2) Prütting, NJW 1980, 361 (362); Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 24; Schönfeld, S. 11; Schwab, Einführung zur ZPO, dtv-Text, S. 17.

- 3) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 128, Anm. 3 B; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I, II; Brüggemann, iudex statutor, S. 100 (107); Habscheid, Streitgegenstand, S. 171 ff.; Melissinos, S. 73; Schwab Einführung zur ZPO, S. 17.
- 4) Wach, Vorträge, 2. Aufl., S. 53.
- 5) Damrau, S. 20; Hattenhauer, Kritik, S. 64; Schönfeld, S. 11.
- 6) Vgl. die Nachweise oben Fn. 3.
- 7) Der Beibringungsgrundsatz (1977), bes. S. 25 ff.
- 8) Vgl. Prütting, NJW 1980, 361.
- 9) Zur Terminologie vgl. Fenn, Festschrift für Schiedermaier, S. 120 ff.; Brüggemann, iudex statutor, S. 106.
- 10) RGZ 35, 427; RGZ 58, 248 (256); RGZ 94, 153 (154); RGZ 154, 58 (63 ff.); RG, JW 1909, 486; Brüggemann, iudex statutor, S. 100 ff.; Damrau, S. 32; Henckel, Prozeßrecht, S. 126; Klamaris, S. 109 ff.
- 11) So nimmt Melissinos, S. 74, ein Überlappen beider Grundsätze an. Die Disposition über den Streitstoff (Verhandlungsmaxime) stehe auch mit dem Streitgegenstand in Zusammenhang. Die einzubringenden Tatsachen hätten eine Doppelfunktion, insbesondere bei Umgrenzung der Entscheidungsbefugnis und der sachlichen Begründung des Anspruchs (ähnlich Nikisch, Streitgegenstand, S. 53; a. M. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 79 I 3, § 77 II). Der Streit beruht aber im wesentlichen auf der Annahme eines zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs. Eine genauere Auseinandersetzung mit dieser Auffassung kann daher unterbleiben. Vgl. zur Vermengung beider Begriffe auch Haimlerl, AcP 18 (1835), 54 (66).
- 12) Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, S. 39 ff.
- 13) Blomeyer, ZPR, § 13 I; Nikisch, ZPR, S. 190; Zeiss, ZPR, § 26 I; Grunsky, Grundlagen, § 3; Henckel, Prozeßrecht, S. 119.
- 14) So auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 79 I, § 77 II; Prütting, NJW 1980, 361 (362); a. M. Schönfeld, S. 8 ff.
- 15) So zutreffend Jauernig, ZPR, § 25 VIII. Ein Beispiel hierfür ist die im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren be-

stehende Vortragslast des Antragstellers, BAG, AP Nr. 3 zu § 80 ArbGG).

- 16) Baumann, Grundbegriffe, S. 56; Kollhosser, Die Stellung der Verfahrensbeteiligten, S. 115; ders., JZ 1973, 11; Peters, ZPR, § 6, Abschn. 2; Prütting, NJW 1980, 361 (362).
- 17) Hier wird, wie bei der Dispositionsmaxime, zumeist auch der äußere Prozeßfortgang mit eingestellt, vgl. nur Jauernig, ZPR, § 28 VIII. Nach richtigem Verständnis ist dieser aber dem Amtsbetrieb zuzuordnen (siehe oben § 3 I 2).

II. Übersicht über die kontroversen Auffassungen

Noch heute sieht man die Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß als bestimmend an, obgleich sie eigentlich schon seit v. Gönners Begriffsschöpfung¹ Gegenstand wissenschaftlicher Streitigkeiten war. Bei Schaffung der RCPO (1877) billigte der Gesetzgeber den Parteien jedoch die Verantwortung über den Tatsachenstoff zu,² woraus bis heute die Geltung der Verhandlungsmaxime aus einzelnen Vorschriften der ZPO, wie z. B. §§ 130 Nr. 3, 285 II, 313 I Nr. 3 (a. F.), 331, 335 I Nr. 1 ZPO und §§ 616, 617, 653, 293 S. 2 ZPO e contrario³ abgeleitet wird.

Doch sind die Stimmen gegen die Geltung dieser Maxime nicht zu übersehen. Bestritten wird teilweise bereits ihr Geltungsgrund, ja sogar, daß sie in der RCPO (1877) überhaupt einen Niederschlag gefunden habe.⁴ Andere, die von einer ursprünglichen Geltung ausgehen, sehen diesen Grundsatz aber durch verschiedene Novellierungen so durchlöchert, daß er keine Geltung mehr beanspruchen könne. An seine Stelle sei vielmehr eine Kooperation zwischen den Parteien und dem Gericht getreten.⁵

Diese Wandlung des Prozeßverständnisses ist auch für eine Befugnis der Parteien, über Tatsachen zu disponieren, von Bedeutung. Eine Dispositionsmöglichkeit ist nur dann gegeben, wenn die Parteien allein und frei die tatsächlichen Urteilsgrundlagen bestimmen können.⁶ Sie ist aber ausgeschlossen, wenn das Urteil nur über den wahren Sachverhalt gefällt werden kann,⁷ wobei es keine Rolle spielt, ob die Parteien gehalten sind, die Tatsachen gemäß der Wahrheit und Vollständigkeit in den Prozeß einzuführen oder, ob diese in Zusammenarbeit mit dem Gericht ermittelt werden.

Nachfolgend seien nur die wesentlichsten Auffassungen in ihrer Argumentation kurz dargestellt.

1. Die überkommene liberale Meinung

Diese traditionelle Prozeßauffassung, der auch die Väter der RCPO (1877) folgten, sieht den Prozeß als reine Privatangelegenheit. Geprägt vom Geiste des Liberalismus gingen auch die Väter der RCPO (1877) davon aus, die Parteien könnten ihre Sache am besten selbst betreiben. Der Zivilprozeß diene allein der Durchsetzung subjektiver Rechte. Zur Erreichung ihrer Ziele liege es an den Parteien, eigenverantwortlich den erheblichen Sachvortrag vorzubringen.⁸ Wenn sie entscheiden könnten, ob sie ihr Recht überhaupt gerichtlich durchsetzen wollten, müsse ihnen auch zugestanden werden, Art und Weise, wie auch Umfang der Rechtsdurchsetzung zu bestimmen.^{8a} Der Prozeßverlust infolge der Verkennung der Erheblichkeit einzelner Tatsachen oder infolge Ungeschicklichkeit einer Partei sei hinzunehmen. Der Prozeß stelle einen "Kampf ums Recht" dar, bei dem es für jede Partei gelte, "auf ihrer Hut" zu sein.⁹

Kompensatorische richterliche Tätigkeit hat in diesem Verständnis keinen Platz. Eine etwaige Diskrepanz zwischen Wahrheit und Sachvortrag wird hingenommen. Wahrheitsfindung ist "nicht Ziel des Prozesses".¹⁰ Ein öffentliches Interesse an ihr besteht nicht.¹¹ Sie stellt nichts anderes als ein Mittel zur Rechtsdurchsetzung dar.¹²

Grund dieser Auffassung ist nicht zuletzt die Angst vor richterlicher Willkür.¹³ Dieser solle sich nicht durch etwaige Aufklärungsbeiträge in das "kriegerische Verhältnis" der Parteien einmischen.¹⁴

Wenngleich unter Abschwächung der Extreme, wird diese Auffassung noch heute überwiegend vertreten. Auch heute sieht man den Zivilprozeß immer noch als Angelegenheit der Parteien - gewährt zur eigenverantwortlichen Durchsetzung subjektiver Rechte und damit zur Vermeidung von Selbsthilfe -¹⁵ an, der öffent-

liche Interessen nicht berührt.¹⁶ Allerdings werden Durchbrechungen eines reinen Verhandlungsgrundsatzes, die z. B. in der Möglichkeit zu amtswegiger Beweiserhebung bei Urkunden- (§§ 142, 273 II Nr. 1 ZPO), Sachverständigen- (§§ 144, 273 II Nr. 4 ZPO) und Augenscheinsbeweises (§§ 144, 273 II Nr. 4 ZPO), sowie der Parteivernehmung (§ 448 ZPO) gesehen wird, nicht negiert.¹⁷ Man hält aber dafür, daß die für den Grundsatz bedeutsamsten Ausprägungen auch im heutigen Zivilverfahren noch vorzufinden sind.¹⁸ Eine kompensatorische Funktion des Richters wird in weiten Teilen anerkannt, ja für notwendig erachtet.¹⁹

Die bürgerlich rechtlichen Rechtspositionen seien zumeist verzichtbar, was im Prozeß Entsprechung finden soll. Das geschehe dann, wenn die Parteien den zugrundeliegenden Tatsachenstoff zu bestimmen hätten.²⁰ Der Vortrag einzelner Tatsachen durch die Parteien wird als Voraussetzung ihrer Verwertbarkeit als Urteilsgrundlage anerkannt.²¹ Die formelle Wahrheit²² gehe der richterlichen Überzeugung vor.²³

2. Die Begründung Schönfelds

Interessant in diesem Zusammenhang scheint die von der vorgeannten Meinung zwar nicht im Ergebnis, jedoch in der Begründung abweichende Auffassung Schönfelds.²⁴ Er stellt nicht so sehr auf die Frage der tatsächlichen Geltung der Verhandlungsmaxime und ihres Inhaltes ab, sondern geht zuvorderst deren Geltungsgrund nach. Dies entspricht in der Diktion Weyers deren "ideologischer Begründung".²⁵ Den Geltungsgrund der Maxime sieht Schönfeld nicht in der staatlichen Interesselosigkeit; vielmehr leitet er diesen unmittelbar aus dem Grundgesetz ab. Die Verfassung halte die Entscheidung zu einer weitgehenden individuellen

Freiheit in allen Lebensbereichen, begrenzt durch die soziale Verbundenheit. Dies bedeute aber, daß den Prozeßparteien im Streitverfahren die letzte Entscheidungsbefugnis zukommen müsse, worüber und in welchem Umfang gestritten werden solle.²⁶

Die "technische Begründung" des Grundsatzes erkennt Schönfeld in den gegensätzlichen Interessen der Parteien am Prozeßausgang, die zumeist eine volle Aufklärung des wahren Sachverhalts erwarten ließen.²⁷ Die Verhandlungsmaxime impliziere nicht von vornherein einen Mißbrauch einer staatlichen Einrichtung.²⁸

3. Das soziale Prozeßverständnis

Hierher rechnen verschiedene Autoren, die eine Stärkung der Richtermacht unter gleichzeitigem Abbau der Parteibefugnisse fordern; dies wurde schon früh²⁹ und wird teilweise noch³⁰ vom Gesetzgeber verlangt. Von anderer Seite glaubt man, die Beseitigung der Verhandlungsmaxime³¹ und der Parteidisposition³² bereits erreicht zu haben.³³

a) Die ersten Kritiker der Verhandlungsmaxime

Die Verhandlungsmaxime war seit ihrer "Geburtsstunde" nicht unumstritten. Bereits v. Canstein³⁴ wandte sich gegen eine Mißachtung der materiellen Wahrheit im Prozeß. Er mochte nicht einsehen, daß es dem Gericht versagt war, von Amts wegen Zeugen einzuvernehmen³⁵ und es an die Wahl der Parteien betreffend einen Sachverständigen gebunden war.³⁶

Eine umfassende Würdigung ließ Franz Klein dem liberalen Prozeßverständnis angedeihen. Er stellte sich einer kritiklosen Übernahme der Verhandlungsmaxime entgegen.³⁷ In seiner auch in Deutschland vielbeachteten Schrift "pro futuro" forderte Klein für den österreichischen Zivilprozeß eine Stärkung der Richtermacht gegenüber der von der RCPO (1877) eingeräumten Position.³⁸

Seine Bedenken konzentrierten sich im wesentlichen auf zwei Punkte: Ein starker Parteeinfluß auf den Tatsachenstoff verhindert die Ermittlung der materiellen Wahrheit.³⁹ Zum anderen läßt dies die auch am Zivilprozeß bestehenden öffentlichen Interessen außer Betracht.⁴⁰

Klein sah in der Parteiherrschaft eine "quantitative Verkürzung des Tatsachenstoffs. Die Parteien brächten immer juristisch erhebliche Tatsachen in Abzug, weswegen der Richter zu einem irrigen oder nur relativ richtigen Urteil komme. Dieses Ergebnis sei nicht über eine Verhandlungsmaxime als Pendant zur Verfügungsfreiheit der Parteien zu rechtfertigen. In ihrer Gleichsetzung liege eine "innere Unwahrheit".⁴¹ Die Parteien verfolgten im Prozeß keine rechtsgeschäftliche Absicht; sie wollten "nicht ihre Rechtsbeziehungen mittels Klage ändern, sondern sich in den bereits vorhandenen Beziehungen erhalten, sie geschützt haben." ⁴²

Daneben sah Klein eine Gefahr für bestehende öffentliche Interessen durch langwierige Prozesse und dem Aufbau sozialpolitischer Barrieren.⁴³ Das "Dogma einer verantwortlichen Parteiherrschaft" bedinge einen faktischen Anwaltszwang.⁴⁴ Gerade darin sah Klein aber die wesentlichste soziale Zugangsbarriere, neben der Prozeßdauer, die durch die richterliche Passivität bedingt sei.⁴⁵

Die Erfüllung der Verpflichtung zu effektivem Rechtsschutz sei unter Geltung der Verhandlungsmaxime nicht zu gewährleisten.⁴⁶ Diese Maxime sei lediglich eine Fixierung eines "Eigentums am Process", die das Zivilverfahren denaturiere.⁴⁷ Um dies zu vermeiden, sei eine Befugnis des Richters, von sich aus Aufklärung und Sachverhaltsergänzung zu betreiben, wo der Parteivortrag quantitativ und qualitativ nicht ausreiche, erforderlich,⁴⁸ in den Grenzen der Sachanträge und des Geständnisses.⁴⁹

Als Mittel der Sachaufklärung befürwortete er primär ein richterliches Fragerecht, womit dieser die Präzisierung unklarer Sachanträge und Beibringung weiterer Information erreichen konnte. Daneben sollte der Richter jeden Beweis von Amts wegen erheben können, ohne einen Beweisantritt einer Partei abwarten zu müssen.⁵⁰

Die Argumentation Kleins leidet an einer Unstimmigkeit. Einerseits soll der Richter den wahren Sachverhalt erforschen, weil nur so das Ziel des Rechtsschutzes zu erreichen sei. Zum anderen befürwortet er aber eine unbedingte Beachtung des Geständnisses einer Partei. Letzteres ist aber gerade ein Mittel, um eine völlige Sachaufklärung zu umgehen. Beide Argumente sind nicht mit-

einander vereinbar. Zudem ist ein effektiver Rechtsschutz gerade in Fällen amtswegiger Sachverhaltsaufklärung schwerer zu erreichen, nicht zuletzt wegen eines fehlenden Ermittlungsorgans. Die Zugangsbarriere wegen des faktischen Anwaltszwanges kann und ist über die staatliche Kostenübernahme abzubauen.

b) Die Auffassung von Bernhardt und Boehmer

Im Gegensatz zu den früheren Maximenkritikern fordern Bernhardt und Boehmer nicht die Abschaffung der Verhandlungsmaxime. Von Bernhardt⁵¹ wird sie ausdrücklich bejaht. Doch sehen die beiden Autoren die mit der Novelle 1933 eingeführte Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht als den Zivilprozeß beherrschend an,⁵² welche die Verhandlungsmaxime weitgehend eingeschränkt habe.⁵³

Bernhardt tritt für die Notwendigkeit der Erforschung materieller Wahrheit auch im Zivilprozeß ein.⁵⁴ Die Verhandlungsmaxime stehe nicht entgegen; sie sei nur Folge von Zweckmäßigkeitserwägungen, resultiere aber nicht aus einer logischen Notwendigkeit.⁵⁵ Die Privatautonomie gewähre den Parteien nur ein Bestimmungsrecht über den Gegenstand des Rechtsstreits, bedinge jedoch keine völlige Freiheit im Vortrag der entscheidungserheblichen Tatsachen.⁵⁶ Der Prozeß als Mittel rechtsgeschäftlicher Verfügung, entsprechend dem iure cessio des römischen Rechts, sei dem heutigen Recht fremd. Er diene vielmehr als Mittel der Rechtsvergewisserung und Rechtssicherung.⁵⁷ Gemäß der in § 138 I ZPO statuierten Verpflichtung sei der Richter gehalten, die Parteibehauptungen auf deren Wahrheitsgehalt zu überprüfen.⁵⁸

Der Staat leihe dem einzelnen nur die Klagemöglichkeit, damit dieser seine Rechte verfolgen kann.⁵⁹ Dies impliziere, daß die Entscheidung in diesem Rechtsstreit auch gemäß dem materiel-

len Recht und tatsächlichem Geschehen ergehen müsse; allein dessen Durchsetzung liege - im Sinne eines demokratischen Sozialismus - im öffentlichen Interesse. Der Richter dürfe sich nicht zum "Büttel des Unrechts" machen.⁶⁰

Bernhardt vermennt Verhandlungsgrundsatz und Dispositionsmaxime, wenn er die Privatautonomie mit dem Recht zur Bestimmung des Streitgegenstandes vergleicht. Mag auch ein öffentliches Interesse an einer ordnungsgemäßen Durchführung des staatlichen Prozesses bestehen, ein solches besteht aber keinesfalls an der streitigen Durchsetzung eines Privatrechts.

Zudem: Kann ein Gericht einer Verpflichtung zur Erforschung materieller Wahrheit eigentlich nachkommen? Dabei ist es noch nicht erforderlich, auf das fehlende Ermittlungsorgan einzugehen. Schon das beschränkte menschliche Erkenntnisvermögen läßt an einer vollständigen Sachaufklärung zweifeln.⁶¹

c) Die Vertreter einer Kooperationsmaxime

Wie die vorgenannten Autoren sehen die Vertreter der Kooperationsmaxime die Verhandlungsmaxime bereits als modifiziert bzw. als nahezu inhaltsleer an. Die verschiedenen Novellierungen der ZPO hätten zu einer Durchbrechung dieses Grundsatzes geführt und nachfolgend zu einer Ersetzung durch eine Arbeitsgemeinschaft zwischen Gericht und Parteien.⁶² Das Spektrum der Aussagen reicht von einem Arbeitstitel "Kooperationsmaxime"⁶³ bis hin zu einer völligen Umstrukturierung der Prozeßmaximen.⁶² Gemein ist aber allen Autoren die Ablehnung der Verhandlungsmaxime als Ersatz fehlender Begründungen.⁶⁴

Im Mittelpunkt des heutigen Zivilprozesses stehen ein Rechts- und Tatsachengespräch.⁶⁵ Das Kernstück bilde § 139 I ZPO.⁶⁶ Dem Richter selbst oblägen Pflichten zur Sachaufklärung beizutragen.

Das Gericht habe mit den Parteien den Streitstoff zu erarbeiten⁶⁷ und Rechtsfragen zu diskutieren.⁶⁸ So werde den Parteien geholfen, nicht "an der Leimrute systematischer Einteilung kleben" zu bleiben.⁶⁹

Grundlage dieser Auffassung ist die Annahme eines gesellschaftlichen Wandels, der in der Folgezeit eine strukturelle Veränderung des Zivilprozesses bewirkt habe.⁷⁰ Das "laissez faire, laissez aller", das der RCPO (1877) noch zugrundelag, könne nunmehr keine Geltung mehr beanspruchen. Die Änderung der sozialen Wertordnung in den Jahren nach der Schaffung der RCPO (1877) habe zu einer Krise des liberalen Systems geführt.⁷¹ Zunehmende Industrialisierung, veränderte Sozialfaktoren schufen statt einfacher Warenzirkulation komplizierte Abhängigkeits- und Marktmechanismen.⁷² Der Prozeß als Massenerscheinung führe zur Notwendigkeit die hier bestehenden Konflikte gegenüber einem anonymen und mächtigen Gegner⁷³ zu lösen, was aber ein gerichtliches Engagement, eine Unterstützung der Parteien durch den Richter erfordere. Die Parteien seien zu unerfahren und durch die Normenflut überfordert. Ein Ausgleich dieses Mankos durch Rechtsanhälte scheitere zumeist an deren schlechter Information, weswegen sie unfähig seien, die Verantwortung für den Tatsachenstoff zu tragen.⁷⁴

Zitscher⁷⁵ beschwört die Zustände am Reichskammergericht herauf: "Ein ungeheurer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da siebzehn Assessoren nicht einmal imstande waren, das Laufende aufzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich angehäuft, jährlich konnten sechzig erledigt werden und das doppelte kam hinzu."⁷⁶ Daß solche Zustände nicht nur der "Dichtung" Goethes entsprangen, belegt ein Beispiel bei Klein⁷⁷: In einem Verfahren vor dem Reichskammergericht war ein Alimentationsanspruch zu entscheiden. Das Urteil erging, als das zu alimentierende Kind 60 Jahre alt war.

Der Wandel hin zu einer Kooperation hat sich nach dieser Auffassung in zwei Schritten vollzogen:

(1) Mit der Verankerung der Sozialstaatsklausel⁷⁸ in der Verfassung seien alle Staatsorgane einschließlich der Gerichte zur Wahrung einer sozialen Grundhaltung verpflichtet; sie hätten auf Ermöglichung eines menschwürdigen Daseins hinzuwirken. Angestrebt wird damit ein Ausgleich zwischen mächtiger und ohnmächtiger Bevölkerung.⁷⁹ Im sozialen Rechtsstaat müsse hoheitliches Handeln beiden Staatsformen gerecht werden.⁷⁹ Für das Zivilverfahren zieht Wassermann daraus die Konsequenz,⁸⁰

- der Richter muß das Sozialstaatspostulat als Auslegungsgrundsatz, sowie als Aufklärungsrichtlinie⁸¹ beachten,
- der Richter muß sich unter Durchbrechung juristischer Abstraktionen dem realen Menschen zuwenden⁸² und
- die soziale Norminterpretation muß zum Durchforsten der überkommenen Prozeßrechtstheorien führen.⁸³

Daneben leitet er neben den rechtsstaatlichen Anforderungen⁸⁴ aus dem Sozialstaatsangebot die Verpflichtung des Gerichts ab, im Wege einer Arbeitsgemeinschaft den Streitstoff mit den Parteien zu ermitteln und den Sachverhalt mit ihnen zu besprechen, um so soziale Unterschiede zu kompensieren.⁸⁵

(2) Die letzteren Ziele sehen die Vertreter dieser Auffassung durch die verschiedenen Novellierungen der ZPO, zugunsten einer weitgehenden Humanisierung des Verfahrens, erreicht.⁸⁶ Der Gesetzgeber habe das Zivilverfahrensrecht den veränderten Gesellschaftsstrukturen durch teilweise Preisgabe liberaler Positionen angepaßt. Die Verhandlungsmaxime sei dadurch schwer erschüttert und durchlöchert worden, wie ein "Emmentaler Käse".⁸⁷

Neuerungen werden in Folgendem gesehen: Die Novelle 1909 legte dem Richter Verantwortung für den Streitstoff auf.⁸⁸ Neben der Einführung des Amtsbetriebes wurde ihm die Möglichkeit zu vorbereitenden Anordnungen (§ 501 ZPO (1909)) und die Erörterungspflicht in mündlicher Verhandlung (§ 502 ZPO (1909)) gegeben. Der Richter wurde am Verfahren beteiligt.⁸⁹

Einen wesentlichen Schritt zum sozialen Prozeß habe die Emmininger Verordnung von 1924 getan. So wurde § 501 ZPO (1909) als Muß-Vorschrift auch auf das landgerichtliche Verfahren ausgedehnt, der heutige § 139 ZPO wurde geschaffen aus den §§ 139 ZPO (1898), 502 ZPO (1909); diese Vorschrift, bezeichnet als "königlicher Paragraph"⁹⁰ oder "Magna Charta des Zivilprozesses"⁹¹, bedeute eine eklatante Verletzung der Parteiherrschaft.⁹² Gleiches gelte für die Ergänzungen, § 279 ZPO (1924), wonach das Gericht eine Ergänzung aufklärungsbedürftiger Punkte fordern konnte, § 141 III ZPO (1924), der Strafen für eine geladene, aber nicht erschienene Partei wie für einen säumigen Zeugen vorsah;⁹³ §§ 279, 283 II ZPO (1924), die die Möglichkeit der Präklusion bei Verschleppungsabsicht gaben.

Mit der Novelle 1933, die den Parteien die vieldiskutierte Pflicht zu wahren und vollständigem Tatsachenvortrag auferleg-

te (§ 138 I ZPO), sah man endlich die Chance eines wirklichkeitsgetreuen Sachverhaltsbildes,⁹⁴ das Parteidispositionen weiter einschränkte.⁹⁵

Nach der Vereinfachungsnovelle 1977⁹⁶ werden nunmehr eine Anzahl weiterer Vorschriften angeführt, um eine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime und damit des liberalen Prozeßverständnisses zu belegen, wie § 139 ZPO und des weiteren die Vorschriften der §§ 144, 273 II Nr. 2, 358 a, S. 2, Nrn. 2, 4, 5 ZPO,⁹⁷ darüber hinaus auch die §§ 141, 142, 143, 273 II Nr. 1, 3, 278 I 2, 291, 437 II, 510 ZPO.⁹⁸ Damit weise der Prozeß keine Phase auf, "die nicht dazu dienen könnte, das von den Parteien gezeichnete Sachverhaltsbild mit vom Richter ermittelten Fakten zu ergänzen".⁹⁹ Daß man dennoch unverbrüchlich am Verhandlungsgrundsatz festhalten will, lasse sich nur aus Essers Lehre vom Vorverständnis¹⁰⁰ erklären: Die liberale Theorie sei stark verinnerlicht worden, daß sie auch dann noch als selbstverständlicher Ausgangspunkt scheine, "wenn der Gesetzgeber im Anschluß an die gesellschaftlichen Wege die alten Bahnen bereits verlassen" habe.¹⁰¹ Es sei aber besser den Maximenkult als unnützen Ballast¹⁰² zu betrachten. Nachdem der Richter jetzt jedwede Aufklärung betreiben könne,¹⁰³ sei es richtiger, von einer Arbeitsgemeinschaft zu sprechen.

Den Vertretern dieser Auffassung ist sicherlich zuzugeben, daß die Mitwirkung des Richters gerade und auch bei der Aufklärung des erheblichen Streitstoffes durch die verschiedenen Novellierungen verstärkt wurde.¹⁰⁴ Doch wurde davon ausgehend allzu schnell auf eine Durchbrechung der Parteiherrschaft geschlossen. Zuvor wäre es angebracht gewesen, sich die Frage vorzulegen, inwieweit die einzelnen Neuerungen die Verhandlungsmaxime überhaupt berührten. Dies ist nicht bei allen Vorschriften ohne weiteres zu bejahen, wie diese Ansicht es nahelegen will. Insbesondere die Vorschrift des § 139 ZPO, die im Mittelpunkt des Interesses steht, deutet dem Wortlaut nach

wohl eher auf eine Bestätigung der Verhandlungsmaxime, wenn der Richter nur Sachverhaltsergänzungen anregen soll. Letztendlich bestimmend bleibt doch die Entschließung der Parteien.¹⁰⁵

d) Die Auffassung von Weyers

Weyers¹⁰⁶ erkennt die Verhandlungsmaxime als "isomorphes Modell" zur Rekonstruktion des abgeschlossenen Geschehens an, wendet sich aber gegen eine "Verfügung durch Urteilspruch".¹⁰⁷ Dafür fehle es am Anlaß. Der große soziale Aufwand eines Prozesses rechtfertige keine Tatsachendispositionen.¹⁰⁸ Den Parteien sei es unbenommen, jederzeit im Wege der Privatautonomie Tatsachen neu zu setzen, welche vom Gericht beachtet werden müssen.¹⁰⁹ Diese rechtsgeschäftlichen Dispositionsmöglichkeiten seien durchdacht und beugten Mißbrauch in verschiedenen Richtungen vor. Im Zivilprozeß gelte eine Verfügungsbefugnis der Parteien nur durch Klägerrücknahme, Verzicht oder Anerkenntnis.¹¹⁰ Eine "Manipulation von Urteilsbeständen" sei weder geregelt, noch anzuerkennen. Eine Betrachtung bekannt gewordener Fälle von Scheinprozessen¹¹¹ lasse deutlich werden, daß die Parteien durchweg "illegitime Ziele" verfolgten.¹¹²

Weyers lehnt die Verhandlungsmaxime, d. h. eine Bindung des Gerichts an den Tatsachenvortrag der Parteien nicht rundweg ab, das "Kernproblem" stelle nur die Begründung dafür dar.¹¹³ Er unterscheidet zwischen einer "ideologischen" und einer "technischen" Begründung.¹¹⁴ Erstere garantiere die Fortsetzung der Privatautonomie in den Prozeß. Danach könnten die Parteien über Tatsachen wie über Rechte verfügen; sie könnten dem Gericht die Verwertung vorhandener Information verbieten. Die Verhandlungsmaxime erscheine von daher als ein "Inhibitorium" an den Richter zugunsten der freien Verfügung der Parteien über

den Prozeßstoff.¹¹⁵ Die Wahrheitsermittlung spiele keine Rolle. Die "technische Begründung" rechtfertige sich als ökonomisches Verfahren zur Sachverhaltsrekonstruktion. Hier sei Wahrheitsermittlung Prämisse des Prozesses. Die gegensätzlichen Parteiinteressen werden hier als ausreichender Motor für vollständige Information und gegenseitige Kontrolle angesehen. Die Verpflichtung des Gerichts, die Sachverhaltsaufklärung durch die Parteien abzuwarten, sei kein Inhibitorium zugunsten der Parteifreiheit, sondern eine "Weisung zur Einhaltung des im langfristigen Durchschnitt der Fälle ökonomischsten und wirksamsten Verfahrens".¹¹⁶

Nach Weyers ist Wahrheitsermittlung (Teil-)Ziel des Prozesses.¹¹⁷ Dessen sozialer Aufwand rechtfertige nur einen Streit über den wahren, nicht über einen beliebigen Sachverhalt.¹¹⁸ Demzufolge erkennt er nur die "technische" Begründung an. Diese beinhalte zwei Einschätzungen:¹¹⁹

- Das Interesse der Parteien reicht aus dem Aufbau eines wirklichkeitsgerechten Sachverhaltsmodells, worin sich das Vertrauen des Liberalismus auf die Selbstregulierung sozialer Prozesse widerspiegelt.¹²⁰
- Der mit der Inquisitionsmaxime verbundene höhere Aufwand wird dort, wo überwiegend Einzelinteressen betroffen sind, nicht "durch gelegentlich mögliche (!) richtigere Ergebnisse gerechtfertigt".¹²¹

Zwei kritische Bemerkungen sind zu dieser Auffassung veranlaßt: Weyers begründet nicht, weshalb der Prozeß auf Wahrheitsfindung angelegt sein soll. Zum anderen ist nicht generell von einem Mißbrauch der Prozeßinstitution auszugehen, wenn die Parteien über einzelne Tatsachen verfügen. Ein "Blinde Kuh"-Spiel ist dann nicht gegeben, sofern sie aner kennenswerte Interessen haben, die sie zu ihrem Verhalten veranlassen.¹²²

4. Maximenkritik Bomsdorfs

Bomsdorf¹²³ hält Prozeßmaximen als vernunftrechtliche Fehl-
abstraktionen,¹²⁴ die einer gesetzlichen Grundlage entbehrten.
Trotz zahlreicher Gegenbeispiele im gemeinen Recht habe
v. Gönner eine Maxime entwickelt, die er folgendermaßen be-
schrieb: "Nichts von Amts wegen ist hier die allgemeine Maxime,
welche, nur wenige Ausnahmen abgerechnet, für das ganze ge-
richtliche Verfahren in allen seinen Teilen aufgestellt wird,
und welche man Verhandlungsmaxime nennen kann, weil alles vom
Vorbringen der Partei oder von ihren Verhandlungen abhängt".¹²⁵
Damit sei gegen die Grundsätze einer Regelbildung verstoßen.
Nicht gemäß dem gekennzeichneten Weg "non ex regula ius sumat-
ur, sed ex iure quod est regula fiat"¹²⁶ sei v. Gönner vorge-
gangen, sondern habe umgekehrt von der Regel auf eine bestimmte
Prozeßstruktur geschlossen.¹²⁷ Diese "Fehl-abstraktion" sei dann
trotz fehlenden Nährbodens - nach Verflüchtigung des Vernunft-
rechts - zur Ideologie geworden;¹²⁸ v. Gönners Epigonen¹²⁹
hätten in ihrer Maximenmanie die Verfahrensmaximen im deutschen
Zivilprozeß verankert,¹³⁰ die dann Eingang in die RCPO (1877)
gefunden habe, obwohl die Mängel der Maximenschöpfung von eini-
gen wenigen bereits erkannt war.¹³¹

Nachdem der Niedergang der Maxime bereits mit Kodifizierung
der RCPO (1877) begonnen habe,¹³² sei ihre Herrschaft späte-
stens mit der Novelle 1924¹³³ beseitigt gewesen. Ihr Ende habe
bereits in einer modifizierten Übernahme in die ursprüngliche
RCPO (1877) begründet gelegen.¹³⁴ Mit der richterlichen Frage-
und Aufklärungspflicht (§§ 127, 130 RCPO (1877)),¹³⁵ der Mög-
lichkeit der Anordnung persönlichen Erscheinens (§ 132 RCPO
(1877)) und amtswegig Urkunden-, Sachverständigen- und Augen-
scheinsbeweis (§ 133 - 135 RCPO (1877)) zu erheben, seien
Instrumente aufgenommen worden, um Ausuferungen der Maxime zu
begegnen. Dieses Mehr oder Weniger von richterlicher Tätig-
keit sei "per definitionem nicht mehr ... Verhandlungsmaxime".¹³⁶
Die Verhandlungsmaxime sei von Anfang an kein Grundsatz der
RCPO (1877) gewesen; mit der Emminger Verordnung 1924 habe der
"doktrinaire Schulbegriff" im Recht keine Stütze mehr gefunden.¹³⁷

Den Maximentheoretikern glaubt er drei Hauptirrtümer nachzuweisen:¹³⁸

- Der erste und wesentlichste Irrtum liege in der Annahme, daß Parteien über Tatsachen disponieren könnten. "Eine derartige Verfügung mit dem Schlagwort vom Schutz des Parteiwillens zuzulassen, hieße in Wirklichkeit nicht das Privatrecht zu achten, als vielmehr dem Unrecht Vor-schub zu leisten".¹³⁹
- Die Verhandlungsmaxime sei in den Jahrzehnten nach v. Gönner sublimiert und mit doktrinärem Glanz versehen worden. Nur diesem Umstand sei es zu verdanken, daß die Maxime, trotz Novellierungen, als unangetastet¹⁴⁰ angesehen werden.¹⁴¹
- Als drittes hätten auch v. Gönners (neue) Epigonen die Grundsätze der Regelbildung mißachtet. Man erwähne oder verschweige die Ausnahmen, die Maxime bleibe unberührt.¹⁴²

Wie Rasehorn¹⁴³ sieht Bomsdorf¹⁴⁴ ein Verschmelzen der gegensätzlichen Verhandlungs- und Inquisitionsmaxime. Im Gegensatz zur Auffassung der Vertreter einer Kooperationsmaxime¹⁴⁵ schlägt er keine zweckmäßigere Maxime vor,¹⁴⁶ sondern plädiert für die Beibehaltung des gegenwärtigen Zivilprozesses. Es solle keine Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen stattfinden;¹⁴⁷ es gelte dem Richter nur dort eine Befugnis zur Aufklärung einzuräumen, wo es der Wahrheitsermittlung dienlich ist.¹⁴⁸ De lege ferenda solle das Erfordernis der Bezugnahme bei der Zeugenladung entfallen (§ 273 II Nr. 4 ZPO (1977)),¹⁴⁹ da der Richter mit der amtswegigen Beweisanordnung bereits neuen Prozeßstoff einführen könne.¹⁵⁰

Bomsdorfs Kritik ist wie folgt zusammenzufassen: Der Richter soll befreit von Maximen den wahren Sachverhalt erforschen.¹⁵¹ Anstelle der Verhandlungsmaxime, die kein Argument zur Problem-

lösung sein kann,¹⁵² treten Zweckmäßigkeits- und Praktikabilitätsgründe.

Der Wert von Bomsdorfs Arbeit in rechtshistorischer Sicht ist unbestreitbar. Ihr Wert für das aktuelle Zivilverfahren muß jedoch mit einiger Vorsicht betrachtet werden. Bomsdorfs Thesen wurden bereits verschiedentlich mit zutreffenden Gegenargumenten angegriffen,¹⁵³ deren Wiederholung hier unterbleiben kann. Nur auf eines sei hingewiesen: Bomsdorfs Maximenkritik wirkt nicht überzeugend, hält man sich vor Augen, daß er mit der Fürsprache für einen Prozeß nach reinen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten selbst einer Zweckmäßigkeitsmaxime das Wort redet.¹⁵⁴

Anmerkungen:

- 1) v. Gönner, Handb. I, S. 176 ff., 234 ff.
- 2) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs).
- 3) Bettermann, ZZP 88 (1975), 347 (348); Brüggemann, iudex statutor, S. 106; Damrau, S. 21 ff.; Grunsky, Grundlagen, § 18 II; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 6 (Fn. 8), 62 ff.; Zettel, S. 30 ff.
- 4) Bomsdorf, S. 278; vgl. auch Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (196).
- 5) Bender-Belz-Wax, S. 7; Engels, AnwBl 1979, 205; E. Schneider, MDR 1977, 793, 881, 969; MDR 1978, 1, 89; ders., DRiZ 1980, 220; ders., MDR 1982, 975; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97 ff. (109); Rasehorn, NJW 1968, 1821; Zitscher, ZRP 1977, 27; vgl. auch Wenzel, AuR 1977, 257; ders., AuR 1979, 225.
- 6) Betont wird hier die Beachtlichkeit des Parteiwillens, vgl. Würthwein, S. 26 (27) m. w. N.

- 7) Dagegen wendet sich Stürner, Aufklärungspflicht, S. 62 (63), wenn er ausführt, eine Verpflichtung zu amtsweiger Aufklärung durch das Gericht würde die Vorschriften sinnlos machen, die den Streitstoff in einzelne Aufklärungsbeiträge aufteilen; ein Beweis von Amts wegen würde mit den Vorschriften über den Beweisantritt kollidieren.
- 8) Vgl. Nörr, Naturrecht, S. 45; Goldschmidt, Prozeß, S. 128.
- 8a) Vgl. Brehm, S. 10 ff.
- 9) Bülow, AcP 62 (1879), 1 (88).
- 10) Ausdrücklich Wach, Vorträge, 1. Aufl., S. 39 ff., 148 ff.; vgl. auch Wach, Grundfragen, S. 26; ders., AcP 64 (1881), 216 ff.; v. Canstein, Zweck, S. 34; ähnlich Wetzell, § 19; Bülow, Geständnisrecht, S. 230 (245), der jedoch nur an das streitlose Parteiverhalten anknüpft, ohne nach Parteiparteiwillen zu fragen (objektive Geständnistheorie); Hegier, S. 225.
- 11) Wach, Vorträge, 1. Aufl., S. 39 ff., 148 ff.; v. Canstein, Zweck, S. 34.
- 12) Wach, Grundfragen, S. 26; ders., Vorträge, 2. Aufl., S. 149, 159.
- 13) Vgl. v. Almendingen, S. 12; R. Schmidt, S. 3; Hahn, Mat. II, S. 115 (Begründung des Entwurfs).
- 14) Heffter, S. 4.
- 15) Jauernig, ZPR, § 1 I 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III 1.
- 16) Schlosser, ZPR, Rdnrn. 155, 164 ff.
- 17) Zöllner-Stephan, ZPO, vor § 284, Rdnr. 2; Jauernig, ZPR, § 51 I; Scheilhammer, ZP, Rdnr. 412; Habscheid, ZZP 96 (1983), 306 (308 ff.).
- 18) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl. vor § 373, Anm. V 1; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 123 VII 1; Habscheid, ZZP 96 (1983), 306 (309); vgl. auch Jauernig, ZPR, § 25 VIII 1; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 47.
- 19) Vgl. nur Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I, II m. w. N.; Gottwald, ZZP 95 (1982), 245 (251).
- 20) Grunsky, Grundlagen, § 18 III, will dem Verhandlungsgrundsatz de lege ferenda überall dort zur Geltung verhelfen, wo über verzichtbare Rechtspositionen gestritten wird. Ähnlich Zeiss, ZPR, S. 65; R. Schmidt, ZPR, S. 423.

- 21) BVerfG, NJW 1979, 1927; BGH, MDR 1978, 567, LG Berlin, NJW 1978, 1061; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPR, Grundz. vor § 128 Anm. 3 c; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I, II; vgl. auch BGH, DB 1973, 1792; Haegele, AnwBl. 1977, 403.
- 22) Zur Frage der Berechtigung des Begriffes vgl. unten § 4 IV 3. Es wird heute zunehmend bestritten, daß es überhaupt zwei verschiedene Wahrheiten gibt, Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 5.
- 23) Brehm, S. 13; ähnlich Schönfeld, S. 12; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 6 (Fn. 8), 62 ff.
- 24) Verhandlungsmaxime und Sozialstaatspostulat, 1981, S. 98 ff.
- 25) Festschrift für Esser, S. 193 (200 ff.) und unten 3 d.
- 26) Schönfeld, S. 111 ff.
- 27) Schönfeld, S. 136 ff.
- 28) Diese kurzen Hinweise mögen an dieser Stelle genügen. Eine genauere Würdigung der Auffassung Schönfelds soll an anderer Stelle nachgeholt werden (vgl. unten IV 2 a).
- 29) Vgl. nur Klein, pro futuro, S. 30; Fraenkel, Grünhuts Z 19, 162; Steiner, Studien, S. 58 ff.
- 30) So Zettel, S. 188.
- 31) So Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 79 ff.
- 32) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff., der auf die Einführung der Wahrheitspflicht abstellt.
- 33) de Boor, Auflockerung (1939); Kisch, iudic, I, S. 1. Peters, Staatsgedanke (1913); Radbruch, Der Mensch im Recht, S. 46; Rümelin, Rechtspolitik, S. 26 ff.; Schwartz, Künftige Zivilprozeßreform (1902); Vierhaus, Festgabe für R. Koch, S. 37 ff. traten für eine Stärkung der Richter Macht unter Betonung der öffentlichen Interessen am staatlichen Prozeß ein (vgl. auch Baur, JZ 1957, 193). Vgl. dazu die Beiträge von Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; Boehmer, Grundlagen, S. 115; Klein, pro futuro, S. 20; Menger, Das Recht der besitzlosen Volksklassen, S. 19 ff., 34 ff. In neuerer Zeit wird dies teilweise bereits als erreicht angesehen, vgl. Bathe, S. 41; Bolla-Kotek, Festschrift für H. Schmitz, S. 413; Hagen, ZJP 84 (1971), 385 (388 ff.); Henckel, Prozeßrecht, S. 145

ff.; ders., Gerechtigkeitswert, S. 19 ff.; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 49 ff.; einschränkend Brüggemann, Index statutor, S. 159 ff.; kritisch Jauernig, ZPR, § 1 II.

- 34) ZP 2 (1880), 307.
- 35) Grundlagen, S. 49, 192, 200.
- 36) Grundlagen, S. 192, 200; vgl. auch Steiner, Studien, S. 8, 58 ff.
- 37) pro futuro, S. 11.
- 38) pro futuro, S. 27 ff.
- 39) pro futuro, S. 11 ff.
- 40) pro futuro, S. 19 ff.; ders., Zeit- und Geistesströmungen, S. 25 ff.
- 41) pro futuro, S. 15. Vgl. auch v. Gönner, Handb. I, S. 185.
- 42) pro futuro, S. 15. Vgl. auch v. Gönner, Handb. I, S. 185.
- 43) Vgl. Klein, pro futuro, S. 18; weitergehend Steiner, Studien, S. 58 ff., der einen inquisitorischen Prozeß verlangte, da Tatsachensammlung und Beweiswürdigung sich gegenseitig bedingten. K. Schneider, Über die richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Zivilprozeß, 1888.
- 44) pro futuro, S. 19, 20.
- 45) pro futuro, S. 19 ff. Vgl. hierzu auch die Kritik Mengers, Das Recht der besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. (1908), S. 19, 34 ff., der für eine Abschaffung der Verhandlungsmaxime und des daraus resultierenden Anwaltszwangs plädierte.
- 46) pro futuro, S. 20; ders., Zeit- und Geistesströmungen, S. 25.
- 47) pro futuro, S. 15.
- 48) pro futuro, S. 28, 29.
- 49) pro futuro, S. 35; Damit wollte er die Anhänger der Parteiherrschaft versöhnen. Vgl. auch Damrau, S. 129.
- 50) pro futuro, S. 34, 35.
- 51) ZPR § 23 I; ders., Festschrift für Rosenberg, S. 9 (13 ff.); Boehmer, Grundlagen, S. 109.

- 52) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (13 ff.); Boehmer, Grundlagen, S. 109. Ebenso Olzen, ZZP 98 (1985), 403 (416 ff., 420 ff.); vgl. auch Schoofs, S. 125 ff.
- 53) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (33); Wieczorek, ZPO, § 290, Anm. A II (c).
- 54) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (24 ff.), wobei er aber nur auf die subjektive Wahrheit abstellen will, also nur gegen die Prozeßlüge vorgeht.
- 55) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, 59 (14); anders Wach, Vorträge, 2. Aufl., S. 53; Bülow, AcP 64 (1881), 1 ff.
- 56) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (14). Ebenso, Olzen, ZZP 98 (1985), 403 (418 ff.).
- 57) Festschrift für Rosenberg, S. 9 (31).
- 58) Festschrift für Rosenberg, S. 9 (33 ff.).
- 59) Boehmer, Grundlagen, 1. Buch, S. 115.
- 60) Boehmer, Grundlagen, 1. Buch, S. 114.
- 61) Vgl. dazu Huber, S. 91 ff. und unten § 6 IV 3 b.
- 62) Bender-Belz-Wax, S. 7; Engels, AnwBl. 1979, 205; Hinz, ZPR 1975, 158; Raschorn, NJW 1968, 1821; ders., NJW 1972, 81; ders., JZ 1973, 17; ders., ZRP 1980, 6; Rosmanith, AuR 1977, 171; E. Schneider, MDR 1977, 793, 881, 969; MDR 1978, 1, 89; ders., DRiZ 1978, 42; ders., MDR 1979, 975; ders., DRiZ 1980, 220; ders., MDR 1982, 237; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97, ders., RuP 1974, 150; ders., RuP 1974, 166; Wenzel, AuR 1977, 257; ders., AuR 1979, 225; Zitscher, ZRP 1977, 27.
- 63) So ausdrücklich Hahn, Kooperationsmaxime, S. 302.
- 64) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 106; Hahn, Kooperationsmaxime, S. 19, 291 ff.
- 65) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 108; E. Schneider, MDR 1977, 969 (974 ff.).
- 66) BVerfGE 42, 64 ff.; E. Schneider, MDR 1977, 969 (970). Vgl. auch Schlosser, ZPR, RdNr. 162, der insoweit eine "indirekte Abmilderung" des Grundsatzes annimmt.
- 67) Henckel, Prozeßrecht, S. 131.
- 68) Levin, S. 123; Hahn, Kooperationsmaxime, S. 291 (300).
- 69) E. Schneider, MDR 1968, 723.

- 70) Vgl. Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97; E. Schneider, MDR 1979, 975 ("Wandel im Geist des Gesetzes"); vorsichtiger Hahn, Kooperationsmaxime, S. 301; vgl. auch Damrau, S. 1 ff., der ein Außerkraftsetzen der Maximen, bedingt durch prozessuale Novellierungen annimmt. Mit dieser frühen Entscheidung verstellt er sich aber den Blick für eine objektivere Betrachtung.
- 71) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 50.
- 72) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 49 ff.
- 73) Rasehorn, ZRP 1980, 6 ff.; Günther, ZRP 1981, 54. Vgl. auch Henckel, Prozeßrecht, S. 144 ff.; ders., Gerechtigkeitstwert, S. 20; Hinz, ZRP 1975, 158; ders., NJW 1976, 1187; Wassermann, RuP 1974, 150.
- 74) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 104; Brüggemann, index statutor, S. 334 ff.; dagegen Brehm, S. 39 ff., der die Sicherheit für die Anwälte, durch gerichtliche Hinweise geführt zu werden, nicht als Entschuldigungsgrund für mangelhafte Vorbereitung gelten lassen will. Vgl. auch Leipold, JZ 1982, 441 (447); in Erwiderung Bender, JZ 1982, 709.
- 75) ZRP 1977, 27.
- 76) Goethe, Dichtung und Wahrheit, 3. Teil, 12. Buch.
- 77) Klein, Zeit- und Geistesströmungen, S. 2.
- 78) Der Begriff wurde erstmals von Helier, Rechtsstaat oder Diktatur (1930), gebraucht, zur Abgrenzung der bürgerlichen Rechtsdoktrin, die soziale Defizite mißachtete, von der Diktaturbestrebung.
- 79) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 68 (73).
- 80) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 76 ff.
- 81) Ebenso Maunz-Zippelius, Staatsrecht, § 13 I 4; ähnlich Schönfeld, S. 98 ff.
- 82) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 76.
- 83) E. Schneider, MDR 1977, 969 (972), der, ausgehend von der Vereinfachungsnovelle 1977, fordert, sich der Notwendigkeit bewußt zu werden, "sämtliche Grundsätze und Einzelaussagen zum alten Recht zunächst erst einmal in Zweifel zu ziehen".

- 84) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 78 ff., nennt hier Gewaltenteilung, Gesetzesbindung, Neutralität und Unabhängigkeit des Richters, Öffentlichkeit, das Prinzip des gesetzlichen Richters und den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.
- 85) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 86 ff.
- 86) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97 ff.; E. Schneider, MDR 1977, 793, 881, 969; Rasehorn, NJW 1968, 1821; ders., NJW 1972, 81; ders., JZ 1973, 17; ders., ZRP 1980, 6; ähnlich Zitscher, ZRP 1977, 27.
- 87) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97; vgl. auch Rasehorn, NJW 1968, 1821; E. Schneider, MDR 1978, 973 (1974), der jedoch die in Bezug genommene Stelle bei Rosenberg, § 63 I, S. 294 (ebenso Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I) mißversteht. Mit "Arbeitsgemeinschaft" ist dort nicht ein der Kooperationsmaxime vergleichbarer Grundsatz gemeint. Ähnlich auch Voßkommer, Formenstrenge, S. 288 ff. (290), der von einer Verschiebung der Parteifreiheit zur Untersuchung spricht.
- 88) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97, 98.
- 89) Vgl. Bomsdorf, S. 264 ff.; Stein, DJZ 1907, Sp. 1283 bezeichnete dies als "herzhaften Griff in die Inquisitionsmaxime", wobei aber die Verhandlungsmaxime, insgesamt gesehen, unberührt geblieben sein sollte (Stein, ZPO, vor § 495, Anm. II); ähnlich R. Schmidt, ZPR, Anh., S. 42; Förster-Kann, ZPO, § 502, Anm. 2.
- 90) Peters, JW 1938, 1432.
- 91) Baumbach-Lauterbach-Aibers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 1 A.
- 92) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 99, 100.
- 93) Vgl. auch Goldschmidt, Die neue ZPO, § 191, Anm. 2, der damit die Herrschaft der Inquisitionsmaxime kommen sah.
- 94) Befürworter: Hellwig, ZPR II, § 71 III, S. 44; ders., Justizreform, S. 19 ff.; Schwartz, Erneuerung, S. 9 ff.; Binding, DJZ 1909, 161 ff.; Fuchs, Recht und Wahrheit, S. 228 ff.; Klein, Zeit- und Geistesströmungen, S. 15 ff.; Gegner: v. a. Wach, Grundfragen, S. 42; R. Schmidt, DJZ 1909, 256.
- 95) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 101 ff.
- 96) BGBI. 1976 I, S. 3281.

- 97) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 293, bezeichnet diese Vorschriften als "harte Durchbrechungsparagrafen".
- 98) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 293.
- 99) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 293, 294.
- 100) Esser, Vorverständnis, S. 43 ff.
- 101) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 103.
- 102) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 99, 105 ff., unter Hinweis Schwartz, Erneuerung, S. 11 ff., der bereits zur damaligen Zeit gefragt hatte, weshalb "wir derartig wertlose Grundsätze in nahezu religiösem Respekt ... durch Vorlesungen, Lehrbücher und Handbücher schleppen".
- 103) Bender-Belz-Wax, S. 7. Eine Grenzziehung versucht Hahn, Kooperationsmaxime, S. 297 ff.
- 104) Der damit verbundene Vorwurf der Klassenjustiz wird durch eine neuere Untersuchung von Bender und Schumacher (Erfolgsbarriere vor Gericht, 1980) widerlegt. Danach sind in "gewöhnlichen Zivilprozessen" die Erfolgchancen der Beklagten aus unterschiedlichen Schichten gleich groß. Ein Gebot zu kompensierender Verhandlungsführung besteht jedoch fort (Gottwald, ZZP 95 (1982), 245 (259)), da die Untersuchung die Notwendigkeit verstärkter richterlicher Hinweise bei Beklagten der Unterschicht gezeigt hat. Allerdings - auch dies ist ein Ergebnis der empirischen Untersuchung - wird richterliche Tätigkeit weitgehend durch Gesetz, Ausbildung und Tradition bestimmt (Gottwald, ZZP 95 (1982), 245 (251); Baur, Festschrift für Weitnauer, S. 247; Niebler, DRiZ 1981, 281 (286)).
- 105) Vgl. dazu näher unten § 5 III.
- 106) Festschrift für Esser, S. 193 (200 ff.).
- 107) Festschrift für Esser, S. 193 (194), 200 ff. (202).
- 108) Festschrift für Esser, S. 193 (202 ff.); Bathe, S. 41.
- 109) Festschrift für Esser, S. 193 (202, 203).
- 110) Was aber nach unserer oben § 3 I 2 gewonnenen Definition der Dispositionsmaxime, nicht aber dem Verhandlungsgrundsatz unterfällt.
- 111) Costede, Scheinprozesse, S. 1, 97 ff.; v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 72 ff.; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (48).

- 112) Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (203); anders Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. VII 1 g, der einen "ernstlichen Schaden" bei solcher Disposition verneint. Vgl. auch Leipold, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 82 ff.
- 113) Festschrift für Esser, S. 193 (199).
- 114) Festschrift für Esser, S. 193 (200 ff.).
- 115) Festschrift für Esser, S. 193 (200); ähnlich Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 128, Anm. 3; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 82 ff.; Planck, ZPR, S. 332; Brüggemann, iudex statutor, S. 452, spricht von einer "Sperrbefugnis der Parteien unter der Verhandlungsmaxime"; vgl. auch Grunsky, Grundlagen, § 3 I, § 18 I; ders., ZZP 80 (1967), 68; ders., JuS 1971, 331.
- 116) Festschrift für Esser, S. 193 (200).
- 117) Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 118) Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 119) Festschrift für Esser, S. 193 (204 ff.).
- 120) Weyers beklagt in diesem Zusammenhang nur, daß eine bestimmte Maxime notwendig einer Staatsform zugeordnet werde, womit die Identifikation dessen, der sie für richtig hält, mit der Staatsform naheleie (Festschrift für Esser, Fn. 49).
- 121) Festschrift für Esser, S. 193 (204); Pollak, System, S. 485; ähnlich Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (48).
- 122) Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (205); Würthwein, S. 40 ff.; vgl. dazu unten § 5 II und vor allem § 6 IV 3 b (2).
- 123) Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, 1971, S. 121 ff. (146), 278 ff.
- 124) Gegen eine vernunftrechtliche Ableitung war auch bereits R. Schmidt, ZPR, S. 418; vgl. auch v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 167.
- 125) Handb. I, S. 183.
- 126) Dig. 50, 17, 1.
- 127) Bomsdorf, S. 146.

- 128) Bomsdorf, S. 158.
- 129) Wobei insbesondere Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens ... (1803); v. Gaisberg, Allgemeine Vor-
kenntnisse ... (1820), v. Almendingen, Metaphysik (1803);
Martin, Vorlesungen ... (1855); Welsh, Revision der Ge-
setzgebung ... (1819); Lotz, in: Civilistische Abhandlungen
1820, 1; Haimeri, AcP 18 (1835), 54 angesprochen sind.
- 130) Bomsdorf, S. 159 ff. m. w. N.
- 131) Bomsdorf, S. 183 ff., 191 ff., wobei er besonders auf
Mittermaier AcP 2 (1819), 169 und Wieding, Der iusti-
nianische Libellprozeß, S. 707 hinweist.
- 132) S. 255.
- 133) Demgegenüber sah v. Hippe, Wahrheitspflicht, S. 237,
den Niedergang erst mit der Wahrheitspflichtnovelle 1933.
Bis dahin nahm er die Geltung der Verhandlungsmaxime als
gegeben an, machte sie aber für Mißstände im Zivilpro-
zeß verantwortlich.
- 134) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs).
- 135) Entgegen der Tendenz in der Rechtsprechung befürwortete
man in der Zeit von der Schaffung der RCPO (1877) bis
hin zur Novelle 1924 eine weitherzige Auslegung des § 139
ZPO. Der Richter sollte stets den sachdienlichen Antrag
zur Erledigung aller Streitpunkte anzuregen verpflichtet
sein (Hellwig, System I, § 142 I 4, S. 412). Man sah eine
inhaltliche Konformität von § 502 ZPO und § 139 ZPO
(Förster-Kann, ZPO, § 502, Anm. 1; Gaupp-Stein, ZPO,
5. Aufl., § 104, Anm. VI 4; Seuffert, ZPO, § 503, Anm. 1).
Dem Amtsrichter wurde eine Beratungspflicht (Kieinfeller,
ZPR, 2. Aufl., § 104 VI 4; Seuffert, ZPO, 11. Aufl.,
§ 502, Anm. I; a.M. Gaupp-Stein, ZPO 8./9. Aufl., § 503,
Anm.) und eine Hinweispflicht auf Angriffs- und Verteidig-
ungsmittel (Förster-Kann, ZPO, § 502, Anm. 1; Gaupp-Stein,
ZPO, 11. Aufl., § 502, Anm. II) zudiktiert. Demnach waren
die Autoren stets bemüht, einen Konflikt mit der Verhand-
lungsmaxime zu vermeiden, wenn betont wurde, der Schwer-
punkt liege auf der Anregung zur passenden Formulierung
der Anträge (Gaupp-Stein, ZPO, 8./9. Aufl., § 503, Anm.;
a. M. Struckmann-Koch, ZPO, 9. Aufl., § 502, Anm. 1).
- 136) S. 255.
- 137) S. 277.
- 138) S. 279 ff.
- 139) S. 279.

- 140) Bomsdorf verweist auf Stein, ZPO Vorb. § 495, Anm. III; dagegen Goldschmidt, Die neue ZPO, Einl. III, S. 4; Kraemer, ZZP 64 (1951), 159 (160).
- 141) Bomsdorf, S. 279, 280.
- 142) Bomsdorf, S. 280.
- 143) NJW 1968, 1821.
- 144) S. 278. Ähnlich Zettel, S. 142, 188 ff., der aber de lege ferenda einer "Sammelmaxime" entsprechend § 183 S. 1 ÖZPO das Wort redet.
- 145) S. o. § 3 II 3 c.
- 146) Anders noch v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 183.
- 147) Bomsdorf, S. 278 ff. (282).
- 148) Bomsdorf, S. 282.
- 149) Bomsdorf, S. 282.
- 150) Bomsdorf, S. 254.
- 151) Bomsdorf, S. 282 ff. (283).
- 152) Ähnlich Bathe, S. 221 ff.
- 153) Vor allem Bettermann, ZZP 88 (1975), 347.
- 154) Dies stellt Brehm, S. 21, zutreffend heraus.

§ 4 Die Parteifreiheit in historischen Verfahren

Die Maximenschöpfung v. Gönners¹ bezeichnet Bomsdorf² als "einzigartige Fehlabbildung"; keine der Maximen lasse sich in der Geschichte des Prozeßrechts nachweisen. Diese Behauptung mag Anlaß sein, deren Richtigkeit zu überprüfen. Damit kann für die Untersuchung der Parteiherrschaft im heutigen Prozeß u. U. deren Nachweis aus einer gewachsenen Struktur gelingen.

Die historische Untersuchung kann den Begriff "Verhandlungsmaxime" oder "Parteiherrschaft" nur mittelbar zutage gefördert werden; Ziel der Untersuchung ist es, aus dem jeweiligen Verfahrensablauf auf die (Nicht-)Geltung des Grundsatzes zu schließen.

I. Der römische Zivilprozeß

Hierunter ist kein einheitliches Verfahren zu verstehen. Im Laufe seiner Entwicklung wurde er häufig umgestaltet;³ verschiedene Verfahrensarten bildeten sich heraus. Das Legisaktionsverfahren entstand nach einem wenig bekannten frühzeitlichen Prozeßverfahren,⁴ später wurde es vom Formularprozeß ergänzt. In der nachklassischen Zeit wurden beide durch das Kognitionsverfahren abgelöst.

1) Das Legisaktionsverfahren⁵

Der Legisaktionsprozeß stand nur den römischen Bürgern (cives romani) offen; diesen diente er ausschließlich zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, sofern dies in den leges - den XII Tafeln oder den späteren Volksgesetzen⁶ - vorgesehen war.⁷ Das Verfahren war in zwei Abschnitte getrennt, in das Verfahren "in iure" und das Verfahren "apud iudicem".⁸

Das Verfahren "in iure" diente allein der Klärung der Rechtsschutzvoraussetzungen.⁹ Geprüft wurde, ob ein Gericht einzusetzen war und ein anerkannter materieller Anspruch (*actio*) bestand.¹⁰ Dies ist mit der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen in unserem heutigen Verfahrensrecht in etwa vergleichbar. Parteieinflüsse in Sinne einer Verhandlungsmaxime sind in diesem Abschnitt nicht gegeben.

Das Verfahren "in iure" endete mit der Klageabweisung (*denegatio actionis*) oder der Streiteinsetzung (*litis contestatio*). Mit letzterem wurden nach Grund und Inhalt die bestrittenen Rechtsbehauptungen festgelegt.¹¹ Das weitere Verfahren fand dann vor dem Urteilsgericht (*apud iudicem*) statt; dies erst war das eigentliche Urteilsverfahren. Dem Urteilsgericht wurden die Parteivorträge in geraffter Darstellung (*causae coniectae*) unterbreitet.¹² Im Mittelpunkt stand das Beweisverfahren, dessen Gegenstand die nach dem Parteivortrag streitigen Behauptungen waren. Die Beweisführung oblag den Parteien, was deutlich in dem Satz "*actor probare debet*" zum Ausdruck kommt.¹³ Die Parteien mußten die Tatsachen zur Klagebegründung, zum Bestreiten des gegnerischen Vortrags, wie auch Einreden vorbringen.¹⁴ Sie hatten selbst die Beweismittel herbeizuschaffen; Zeugen wurden von den Parteien geladen und von ihnen zur Aussage bestimmt, Urkunden und sonstiges Beweismaterial wurde allein von ihnen beigebracht. Staatlicher Zwang, etwa in der Weise, daß das Gericht einen aussageunwilligen Zeugen mit Ordnungsstrafen zur Aussage hätte bestimmen können, stand nicht zur Verfügung.¹⁵ Ebenso bestand kein Zwang zum Erscheinen.

Selbst die Befragung der Zeugen oblag den Parteien. Das Gericht hörte nur den Vortrag und die Zeugenaussagen und bildete sich dann hieraus seine Überzeugung. Dem Richter kam eine reine Überwachungsfunktion¹⁶ zu.

2) Der Formularprozeß

Der schwerfällige und strenge Formalismus der *legis actiones* ließ diese mit fortschreitender Entwicklung des römischen Staates immer unzureichender erscheinen.¹⁷ So bildete sich im 3. Jahrhundert unserer Zeitrechnung ein neues Verfahren mit variablen Prozeßformen heraus. An Stelle der Spruchformeln der Legisaktionen trat eine flexiblere, auf den einzelnen Prozeß zugeschnittene "*formula*".

Auch der Formularprozeß teilte sich in die Abschnitte "*in iure*" und "*apud iudicem*". Das Verfahren "*in iure*" unterschied sich nicht vom Legisaktionenverfahren; es endete, sofern die Klage nicht abgewiesen wurde, mit Erteilung der "*formula*". Mit ihr wurden Funktionen, Aufgaben und Besetzung des Urteilsgerichts verbindlich festgelegt. Alle entscheidungserheblichen Fragen waren darin aufgezeichnet.

Der Wortlaut der "*formula*" entsprach den bekannten Musterformeln der *actio*.¹⁸ Der Beklagte konnte Änderungen dieser vom Kläger vorgeschlagenen Formulierung verlangen oder zumindest *exceptiones* stellen, die in den Wortlaut aufgenommen wurden.

Das Verfahren "*apud iudicem*" entbehrte einer umfassenden Regelung. Es folgte dem üblichen Herkommen¹⁹ und wies bereits einige Prozeßprinzipien, wie z. B. beiderseitiges Gehör, Unmittelbarkeit und Mündlichkeit auf. Die Herrschaft über den Prozeßstoff lag bei den Parteien. Sie mußten den Streitstoff vortragen, seine Beweisbedürftigkeit bestimmen und ihn unter Beweis stellen. In ihrem Vorgehen hierbei waren sie frei. Ihnen standen als Beweismittel Parteiaussagen, Parteieid, Zeugen (*testes*), Urkunden sowie Augenschein und Sachverständige zur Verfügung.²⁰ Diese mußten sie selbst und ohne staatliche Hilfe beibringen. Einzige Aufgabe des Gerichts war, sich aus den Parteivorträgen und dem Verhandlungs- und Beweisergebnis eine

Überzeugung zu bilden. Eine Hilfsfunktion, geschweige denn eine Ergänzungsmöglichkeit betreffs des Streitstoffs kam ihm nicht zu.²¹

3) Der Kognitionsprozeß

Mit dem Niedergang des römischen Reichs erlosch in der Jurisprudenz Roms die geistige Kraft, die den Formularprozeß getragen hatte.²² Mit der nachklassischen Staatsauffassung war ein Gerichtsverfahren mit derart weitreichenden Parteibefugnissen nicht mehr zu vereinbaren. Logische und notwendige Folge war eine Neugestaltung des Zivilverfahrens. Als Vorbild diente der klassische Kognitionsprozeß.²³ Die Abschaffung des Formularprozesses im 4. Jahrhundert war dann nur noch Formalie; er war bereits zur Zeit Diokletians ausgelaufen. Das nachklassische Kognitionsverfahren galt nunmehr jedoch ausdrücklich.²⁴

Dieses Verfahren war nicht mehr zweigeteilt, sondern fand als Ganzes vor dem Richter statt.²⁵ Auch die Parteibefugnisse wurden beschränkt; dem Richter gab man eine umfassende Herrschaft über den Prozeßablauf.²⁶

Begonnen wurde der Prozeß mit der Klageschrift (*libellus conventionis*),²⁷ die die anspruchsbegründenden Tatsachen bezeichnete, ohne aber eine nähere Begründung zu enthalten. Nach summarischer Prüfung von Form und Inhalt wurde der enthaltene Antrag entweder abgewiesen oder die Ladung des Beklagten verfügt.²⁸ Letzterenfalls konnte dieser - ebenfalls ohne Angabe von Gründen - bestreiten. Mit der Streiteinlassung begann dann das eigentliche kontradiktorische Verfahren;²⁹ die *litis contestatio* war vollzogen.

Im eigentlichen Streitverfahren hatten die Parteien noch eine weitgehende Herrschaft über den Tatsachenstoff. Sie trugen den Sachverhalt vor und stellten ihn unter Beweis. Die Beweismittel waren dieselben wie im Formularprozeß.³⁰ Neu aber war das Bestreben die materielle Wahrheit zu erforschen. Dies bedingte eine stärkere Mitwirkung des Richters an der Stoffsammlung und eine teilweise Untersuchung (causam cognoscere).³¹ Wurde dies zuvorderst in einer freieren Beweiswürdigung sichtbar, ist jedoch nicht zu vergessen, daß dem Gericht auch bei der Beweisaufnahme selbst Mitwirkungsrechte eingeräumt wurden. So durfte der Richter auch Fragen an die Zeugen stellen, wobei er nicht an die Begrenzungen der interrogatio in iure des klassischen Rechts gebunden war.³² Mitwirkungsrechte wurden auch bei der Eideszuschreibung eingeräumt. Dieser beschränkte sich nicht mehr auf gewisse Sonderfälle. Er konnte dem Beweis jedweder Tatsache dienen, was letztlich dem Streben nach Wahrheitsaufklärung entsprang.³³ Der Richter konnte, wenn er die Eideszuschreibung nicht billigte, selbst den Eid einer Partei auferlegen.³⁴

Dem Streben nach Wahrheit diente auch eine freiere Stellung des Richters bei Sachverständigengutachten³⁵ und die wachsende Bedeutung des Urkundenbeweises, nachdem man die Schwächen des Zeugenbeweises erkannt hatte.³⁶

4) Ergebnis

Nach der Verfahrensgestaltung der vorklassischen und klassischen Prozeßformen wird die Geltung einer weiten Parteifreiheit deutlich.³⁷ Allein die Parteien brachten den Streitstoff bei, bestimmten dessen Beweisbedürftigkeit und führten den Beweis ohne jede gerichtliche Hilfe. Das Gericht war einzig passiver Betrachter. Man kann sogar sagen, die Verhandlungsmaxime habe in reiner Form gegolten.

Gegen dieses Ergebnis läßt sich auch nicht eine Stelle bei Ulpian anführen, wo es heißt, "ubicumque iudicem aequitas moverit, aequae oppertere fieri interrogationem dubium non est".³⁸ So ist bereits die Echtheit dieser Stelle bestritten. An anderem Ort ist nämlich die Sachverhaltsaufklärung durch die Parteien festgelegt.³⁹ Gegen die Echtheit spricht weiter, daß man den Geschworenen wohl nicht eine derart große Macht einräumen wollte.⁴⁰ Zudem kann eine so weite Parteifreiheit nicht durch eine Ausnahme beseitigt werden. Es gilt auch hier der Prinzipiencharakter. Ein Prinzip muß nicht in Reinform verwirklicht sein; einige Ausnahmen beseitigen es noch nicht, solange diese nicht derart häufig sind, daß sie nicht mehr zulassen von einer Regel zu sprechen.⁴¹

Doch auch im Kognitionsprozeß existiert kein allgemeiner Satz, wonach der Richter von Amts wegen untersuchen müßte.⁴² Hier waren die Parteien noch die Herren des Streitstoffes, insoweit sie ihn vorbrachten, dessen Beweisbedürftigkeit bestimmten. Allein bei der Beweisaufnahme kamen dem Gericht einige Mitwirkungsrechte zu. Doch auch hierbei war der Parteieinfluß nicht völlig beseitigt. Trotz unverkennbarer inquisitorischer Einflüsse kann eine beschränkte Geltung der Verhandlungsmaxime nicht geleugnet werden.⁴³

Anmerkungen:

- 1) Handb. I, S. 183 ff.
- 2) S. 146.
- 3) Einen guten Überblick vermittelt Kaser, Der römische Zivilprozeß, §§ 3 - 9.
- 4) Kaser, S. 17 ff.
- 5) Vgl. allgemein v. Bethmann-Hollweg, Bd. I, S. 33 ff.; Kaser, S. 24 ff.; Engelmann, 2.2, S. 30 ff.; Söllner, S. 45, 72 ff.; Bekker, S. 18 ff.; Wenger, Institutionen, S. 118 ff.
- 6) Wenger, Quellen, S. 372 ff.; Jörs-Kunkel-Wenger, S. 5

- 7) Eine klare Trennung zwischen Zivilrecht und Zivilprozeßrecht war nicht möglich. Die "actio" führte zu einer inneren Einheit beider Gebiete. Denn der Begriff ist im doppelten Sinn zu verstehen, einmal als materiellen Anspruch, andererseits als Prozeßhandlung oder Klage (vgl. Kaser, § 4)
- 8) Gleichbedeutend ist die Bezeichnung "in iudicio"; vgl. Kaser, § 31, Fn. 2.
- 9) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 I 1 a.
- 10) Dabei kam es in Einzelfällen nicht zur streitigen Verhandlung, wenn keine actio bestand, die Klage offensichtlich unbegründet war oder das Recht nicht gegen den Beklagten bestand. Vgl. Kaser, § 11 I (S. 52 ff.).
- 11) Das Wesen der litis contestatio als Rechtsinstitut ist streitig. Vgl. Kaser, § 11 III; Jahr, S. 19 ff.; J. G. Wolf, S. 28 ff., 39 ff. Wörtlich bedeutet es, Zeugen zum Prozeß aufrufen, vgl. Jahr, S. 226.
- 12) Sie war eine kurze Zusammenfassung des Streitfalles und mußte vor Mittag vollzogen werden (XII-Tafeln, 1, 7). Vgl. Kaser, § 18 I mit Fn. 11.
- 13) Dig. 22.3.12.
- 14) v. Bethmann-Hollweg, Bd. I, S. 180; Kaser, § 1 IV 2; Wenger, Institutionen, S. 192 ff.
- 15) Kaser, § 1 IV 7; § 18 II 4. Einen Zwang gewährte das Gesetz nur für Geschäftszeugen der Libralakte.
- 16) v. Bethmann-Hollweg, Bd. I, S. 180, 181.
- 17) Bereits das geringste Abweichen von den Spruchformeln hatte den Prozeßverlust zur Folge. Vgl. Kaser, S. 211.
- 18) Buckland, S. 27 ff.; Broggini, NJW 1962, 1651; Kuncke1, Rechtsgeschichte, S. 95 55.; vgl. auch Wenger, Praetor, S. 8 ff., 21 ff. Die üblicherweise enthaltenen Bestandteile waren demonstratio, intentio, adiudicatio und condemnatio.
- 19) usus officiumque iudicis, Gell. 14.2.17.
- 20) Kaser, § 53 IV 1 - 4.
- 21) Kaser, § 52 IV 2.

- 22) Kaser, § 77 I. Eine positive Beurteilung der juristischen Leistung nach Diokletian erkennt Schulz F., Geschichte, S. 335 (338).
- 23) Vgl. dazu Kaser, S. 339 ff.
- 24) v. Bethmann-Hollweg, Bd. III, S. 31 ff.; Kaser, S. 410 ff.; Simon, S. 13 ff.
- 25) Zu einzelnen Ausnahmen vgl. Hitzig, S. 155; Kaser, S. 412 Fn. 13, 441, 485 Fn. 3; Ziletti, S. 161, 196. Auf eine theoretische Einteilung innerhalb des Verfahrens weist Simon, S. 13 ff., hin.
- 26) Vgl. dazu Jörs-Kunkel-Wenger, S. 382 ff.; Kaser, S. 421; Wenger, Wandlungen, S. 2 ff.; Ziletti, S. 191 ff.
- 27) Im 4. und beginnenden 5. Jahrhundert wurde der Prozeß mit einer schriftlichen Streitaussage des Klägers, der "litis denuntio", eingeleitet. Diese wurde dann mit Erlaubnis und Hilfe des Gerichts zugestellt. Vgl. Kaser, S. 456; Kipp S. 33, 184 ff.; Wieding, S. 260 ff.; Balogh, S. 451 ff.
- 28) v. Bethmann-Hollweg, Bd. III, S. 247 ff.; Schulin, S. 596; Steinwenter, Festschrift für Hanausek, S. 36 ff.
- 29) Balogh, S. 462 ff.; Kaser, S. 479 ff.; Simon, S. 123 ff. Dieses Institut war nur noch dem Namen nach aufrechterhalten, ohne jedoch noch Akt des Prozeßbeginns zu sein, vgl. Rosenberg-Schwab, § 4 I 2.
- 30) Dazu oben 2. 1 b.
- 31) Kaser, S. 421; Wenger, Institutionen, S. 280 ff.; a. M. Simon, S. 375, 376.
- 32) Kaser, S. 479; Wenger, Institutionen, S. 281; a. M. Demelius, S. 350 ff.
- 33) Wenger, Institutionen, S. 286, 287.
- 34) Wenger, Institutionen, S. 287.
- 35) Wenger, Institutionen, S. 185, 286.
- 36) Wenger, Institutionen, S. 283 ff.; Kaser, S. 489.
- 37) Kaser, S. 8, 275 Fn. 29; Musielak, S. 196 ff.; Wach, Krit. Vierteljahresschr. XIV, S. 330; Wenger, Institutionen, S. 192 ff.; Wetzel, S. 517 Fn. 26; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 I 1 b; Zettel, S. 46.

- 38) Dig. XI, 1.21.
- 39) Seidl, Rechtsgeschichte, S. 402; vgl. auch Dig. XVII, 2.7.
- 40) Wenger, Institutionen, S. 193.
- 41) So heute noch Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 4.
- 42) Simon, S. 375.
- 43) Rosenberg-Schwab, § 4 I 2; Wenger, Institutionen, S. 288 ff.; Zettel, S. 47. Dagegen will Simon, S. 376, die inhaltstypischen Anforderungen der Verhandlungsmaxime nicht mehr erkennen. Es bleibt die Frage, ob es solche Anforderungen überhaupt gibt.

II. Der germanische Zivilprozeß

Im germanischen Recht fand keine frühe Trennung von Straf- und Zivilgerichtsbarkeit - vergleichbar dem römischen Recht¹ - statt. Jede Klage war eine Deliktsklage, deren Ausgangspunkt nicht das Recht, sondern das Unrecht, im Vorwurf, das Recht gesprochen zu haben, darstellte. Doch auch zivilrechtliche Schadenersatz- und Wiedergutmachungsansprüche wurden behandelt.² Eingeleitet wurde das Gerichtsverfahren durch ein Streitgedinge,³ oder durch Ladung des Beklagten durch den Kläger.⁴ Vor Gericht erhob der Kläger in feierlicher Form in genau vorgeschriebenen Worten seine Klage. Dabei forderte er den Beklagten auf, Wort für Wort zu antworten, ohne daß dieser Gelegenheit hatte, Einwendungen vorzubringen.⁵ Er konnte nur zwischen Geständnis oder völliger Leugnung der klagebegründenden Tatsachen⁶ wählen.

Dem Gericht oblag nur die "Hegung" des Verfahrens.⁷ Es hatte die Verhandlung zu eröffnen und zu leiten und nachfolgend das Urteil zu verkünden. In dem zweizüngigen Urteil (im Falle, daß der Beklagte geleugnet hatte) wurde ausgesprochen, welcher Beweis zu erbringen war und was nach Beweiserhebung zu geschehen hatte. Der Beweis bezog sich nicht auf tatsächliche Behauptungen, sondern auf die Rechtsbehauptungen; nicht die Wahrheit sollte festgestellt werden, sondern die strengen Beweisanforderungen galt es zu erfüllen.⁸

Der Beweis selbst wurde von Partei zu Partei erbracht. Wie es ihnen oblag, die Beweismittel zu beschaffen, so wurde für das Gelingen des Beweises die Kontrolle durch die Gegenpartei⁹ als ausreichend angesehen.

In der späteren Zeit entwickelte sich der Prozeß mehr und mehr hin zur Erforschung materieller Wahrheit.¹⁰ Zwar blieben in der fränkischen Zeit trotz einiger Reformen¹¹ die genannten Prinzipien noch weitgehend unangetastet. Doch bereits vor dem Königsgericht wich man vom üblichen Beweisverfahren ab. Hier lud der Richter Zeugen bei denen er vermutete, daß sie

Kenntnis von der Sache hätten. Er vernahm sie dann selbst, um so die Wahrheit zu erforschen.¹² Der erstarkende Staatsgedanke führte zu einer Betonung der öffentlichen Interessen auch am Ausgang des gerichtlichen Verfahrens. Man fühlte sich verpflichtet, dem Einzelnen zu seinem Recht zu verhelfen.¹³

Die Entwicklung, die das Verfahren vor dem Königsgericht vorgezeichnet hatte, setzte sich in der karolingischen Zeit fort. Der Beweis wurde, vorwiegend in Eigentums- und Besitzstreitigkeiten, durch von Amts wegen bestellte Zeugen und amtswegig erholte Auskünfte geführt.¹⁴ Dem Wunsch nach Wahrheitsfindung entsprach dann auch die Zulassung des Urkundenbeweises.

Kann man aus der Natur der Sache über den frühen germanischen Prozeß keine Aussage treffen (es galt nur die Beweisformeln zu erfüllen, nicht aber Tatsachen vorzutragen) so ist jedenfalls mit den Reformen ein inquisitorisches Moment eingeführt worden. Die Herrschaft der Parteien bestand dann nur in der anfänglichen Beibringung des Streitstoffes. Der dem Urteil letztlich zugrundeliegende Sachverhalt wurde von Amts wegen erforscht.

Anmerkungen:

- 1) Engelmann, 2, 1, S. 34; Siegel, S. 58. Zum römischen Prozeß vgl. Kaser, S. 15.
- 2) Mitteis-Lieberich, S. 34; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 II.
- 3) Planitz-Eckhardt, S. 63; v. Schwerin, S. 46.
- 4) Conrad, Bd. I, S. 29; Siegel, S. 63 ff.
- 5) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 II.
- 6) Schröder-v. Künßberg, S. 92; v. Schwerin, S. 46; a. M. Planitz-Eckhardt, S. 63.

- 7) Rosenberg-Schwab, § 4 II.
- 8) Conrad, Bd. I, S. 30; Engelmann, 2, 1, S. 59 ff.;
Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 II 1.
- 9) v. Schwerin-Thieme, S. 33.
- 10) Musielak, S. 235; Zettel, S. 49.
- 11) Zu nennen ist insbesondere die Reform des Gerichtswesens durch Karl d. Gr. Ende des 8. Jahrhunderts.
- 12) Conrad, Bd. I, S. 149; Schröder-v. Künßberg, S. 416.
- 13) Bernhardt, ZPR, § 2 II.
- 14) Fehr, § 16, 4; Planitz-Eckhardt, S. 229; Schröder-v. Künßberg, S. 416.

III. Der italienisch-kanonische Prozeß

In Oberitalien bildete sich allmählich ein Mischprozeß aus römischem Rechtsgut und starken germanischen Elementen heraus. Nach der Errichtung des langobardischen Reichs in Oberitalien im 6. Jahrhundert verbanden sich schon früh germanische und römische Rechtsgedanken zu einem neuen einheitlichen Verfahren.¹ Eine Förderung erfuhr dieses dadurch, daß sich italienische Rechtsgelehrte damit bald beschäftigten und es durch ihre Schriften mitgestalteten.² Bedeuteten Anteil an diesem Fortschritt hatte aber auch die Kirche, deren Autorität sich auch auf das weltliche Gerichtsverfahren auswirkte.³

Dieses Verfahren begann mit der Ladung des Beklagten. Ihm wurde dabei die Klageschrift in einem feierlichen Akt überreicht (*libelli oblatio*),⁴ die nach germanischem Vorbild nur Rechtsbehauptungen enthielt. Zu ihnen mußte sich der Beklagte durch Erheben von Einwendungen oder durch Vorbringen von Gegenbehauptungen erklären.⁵ Damit wurde die *litis contestatio* vollzogen, der Anspruch, über den zu entscheiden war, festgestellt.⁶ Nachfolgend legte man bestimmte "positiones" fest. Diese kurzen Behauptungssätze waren unterteilt in Klagebegründung, Einwendung, Replik und Duplik.⁷ Bestrittene Behauptungen wurden in Beweissätze gefaßt, die von den Parteien zu beweisen waren.⁸ Für jeden Prozeßgang waren gesonderte Termine vorgesehen. Es herrschte eine strenge *Eventualmaxime*. Was in einem Termin nicht vorgebracht war, konnte im nächsten nicht mehr nachgebracht werden.⁹

In dieser Prozeßart trugen allein die Parteien den Streitstoff vor und mußten dessen Wahrheit beweisen, sofern ein Beweissatz aufgestellt worden war. Das Gericht fragte lediglich, ob eine bestrittene Behauptung von der beweispflichtigen Partei bewiesen werden könne.¹⁰ Nach alledem kann im italienisch-kanonischen Prozeß eine weitgehende Parteifreiheit festgestellt werden.

Anmerkungen:

- 1) v. Bethmann-Hollweg, Bd. IV, S. 327 ff.; Engelmann, 2, 3, S. 4 ff.
- 2) Nörr, Naturrecht, S. 1 ff.; v. Savigny, Geschichte, Bd. III, S. 83 ff.; Schröder-v. Künßberg, S. 267 ff.
- 3) Nörr, Naturrecht, S. 2, 104.
- 4) Die Notwendigkeit einer schriftlichen Klage wurde gefordert, obwohl zunächst eine mündliche Klageerhebung für ausreichend erachtet worden war. Vgl. R. Schmidt, Klageänderung, S. 32 ff., 54 ff.
- 5) Hellwig, ZPR, S. 11.
- 6) Endemann, ZZP 15 (1891), 177 (228); R. Schmidt, Klageänderung, S. 31 ff.
- 7) Endemann, ZZP 15 (1891), 177 (230); Albrecht, Exceptionen, S. 149 ff.; v. Canstein, ZPR, Bd. II, S. 5.
- 6) Nörr, ZZP 85 (1972), 160 ff.
- 9) Vgl. Zettel, S. 49.
- 10) v. Bethmann-Hollweg, Bd. V, S. 409.

IV. Der Kammergerichtsprozeß und das sächsische Verfahren

1. Der Kammergerichtsprozeß¹

Die Rezeption führte zu einer Vermischung von deutschem Recht mit römischem, langobardischem und kanonischem Gedankengut. Begünstigt wurde diese Entwicklung des Rechts in Deutschland, die zugleich eine Zersplitterung im Recht implizierte.² Es fehlte das geistige Zentrum, das ein einheitliches Recht hätte hervorbringen können. Am Ende der Rezeption stand eine neue Prozeßordnung, die Kammergerichtsordnung.³ Diese wurde jedoch in der Folgezeit immer wieder novelliert, daß nicht von einem einheitlichen Prozeßrecht gesprochen werden kann. Grundlage dieser Kammergerichtsordnungen war römisch-kanonisches Gedankengut.⁴

Die Herrschaft der Parteien über den Streitstoff war erhalten geblieben, insoweit sie diesen selbst vortrugen. Ihr Klagebegehren - in einzelnen Artikeln vorgebracht - wurde in die aus dem römisch-kanonischen Prozeß übernommenen "positiones" verkleidet.⁵ Der Beklagte mußte sich in einem gesonderten Termin zur Klage äußern. Dazu wurde er gegebenenfalls unter Einsatz von Zwang (missio in bona) oder Acht angehalten. Durch die schriftliche Klageerwidern wurde der "Streit befestigt". Nach Ableistung des Gefährdungseids stellte man in den einzelnen Punkten die Klage- und Einredetatsachen auf.

Davon getrennt war das Beweisverfahren. Der Beweis hatte nach Positionen getrennt innerhalb einer bestimmten Frist erbracht zu werden.⁶ Auch insoweit waren die Parteien bestimmend. Zum einen entschieden sie über die Beweisbedürftigkeit einzelner Klagebehauptungen, zum anderen hatten nur sie den Beweis über diese streitigen Behauptungen zu erbringen. Auch insoweit war Parteifreiheit erhalten geblieben.

2. Der sächsische Prozeß

Eine abweichende Prozeßgestaltung findet sich im sächsischen Recht. Sachsen hatte bereits vorher ein geschlossenes Rechts-

system.⁷ Aus diesem Grunde widersetzte es sich auch der Rezeption fremden Rechts. Diese fand nur in solchen Gebieten statt, wo Rechtszersplitterung herrschte. Die Lücken wurden mit dem "besseren" Recht geschlossen.⁸

Der sächsische Prozeß kannte keine Positionsklage. Die Klagebegründung erfolgte formlos, ohne Aufstellung von Rechtsbehauptungen. Verlangt wurde eine zusammenhängende Geschichtserzählung. Auf diese konnte der Beklagte erwidern und Einwendungen vorbringen.⁹

Mit der Einlassung des Beklagten kam es zu einem zweigeteilten kontradiktorischem Verfahren. Im ersten, dem Behauptungsverfahren, wurden die Tatsachen erörtert, um festzustellen, inwieweit diese streitig wären. Beweisbedürftige Punkte wurden herausgestellt. Das Verfahren endete dann mit einem Beweisurteil (Beweisinterlokut).¹⁰ Darin wurden Beweisthema, Beweislast und Beweisfrist festgesetzt.¹¹ Der Beweisbelastete mußte seine Bereitschaft, den Beweis zu erbringen, erklären und die Beweismittel benennen.

Nach Prüfung der Zulässigkeit der Beweismittel fand dann im zweiten Abschnitt das Beweisverfahren statt.¹² Die Besonderheit dieses Verfahrens lag darin, daß der Beweisgegner die erbrachten Beweise auch zu seinem Vorteil benutzen konnte. Damit war es der beweisbelasteten Partei verwehrt, später auf dieses Beweismittel zu verzichten.¹³

Die herrschende Formenstrenge führte zu einem weitgehenden Einfluß der Parteien auf den Prozeß und dessen Tatsachengrundlage. Es galten die Sätze "iudex ex officio non procedit", "iudex secundum allegata probata partium iudicare debet" und zuvorderst, "quod non est in actis, non est in mundo".¹⁴

Im sächsischen Prozeß ist die Geltung einer Verhandlungsmaxime festzustellen. Der Tatsachenstoff und dessen Aufklärung lag allein in der Hand der Parteien. Eine Amtsermittlung oder wenigstens eine Verwertung des Tatsachenstoffes, der durch das ausgewertete Beweismittel bereits vorgebracht war, fehlt. Aus

der Möglichkeit, Beweismittel wieder zurückzunehmen, ist auf eine weitgehende Bestimmungsmöglichkeit hinsichtlich der Urteilsgrundlagen zu schließen.

Anmerkungen:

- 1) Vgl. auch Bernhardt, ZPR, § 2 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 IV.
- 2) R. Schmidt, ZPR, S. 82 ff.
- 3) Bomsdorf, S. 24; Bernhardt, ZPR, § 2 IV; Biomeyer, ZPR, § 2 I 1 a; Engelmann, 2, 3, S. 115; Mitteis-Lieberich, Kap. 43 I 1.
- 4) A. M. offenbar Quenstedt, S. 28, 29.
- 5) Endemann, ZZP 15 (1891), 177 (230); Albrecht, Exceptiones, S. 149 ff.; v. Canstein, ZPR, Bd. II, S. 5.
- 6) Im einzelnen vgl. dazu R. Schmidt, ZPR, S. 84 ff.
- 7) Dieses bestand in den mehrfach revidierten Konstitutionen des Kurfürsten August I und der kursächsischen Gerichtsordnung von 1622, vgl. Engelmann, 2, 3, S. 121 ff.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 IV 2.
- 8) Vgl. Engelmann, 2, 3, S. 121.
- 9) Letzteres wurde durch die Kursächsische Gerichtsordnung von 1622 statuiert.
- 10) Engelmann, 2, 3, S. 143; Heffter, S. 439.
- 11) Die sächsische Beweisfrist betrug 6 Wochen und 3 Tage.
- 12) Engelmann, 2, 3 S. 143 ff.
- 13) Heffter, S. 463.
- 14) Vgl. dazu Roßmanith, AuR 1977, 171 (172/173).

V. Der gemeine Prozeß

Seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts galt der gemeine Prozeß subsidiär neben den territorialen Prozeßordnungen in Süddeutschland, Sachsen, Mecklenburg, Schleswig-Holstein, Braunschweig, Oldenburg, Hannover, Kurhessen, Hessen-Darmstadt, Nassau und den freien Städten.¹

Der ordentliche gemeine Prozeß² wurde schriftlich geführt. Er begann mit dem parteilichen Schriftwechsel, der den Tatsachenvortrag, sowie die Angriffs- und Verteidigungsmittel nebst deren Begründung enthielt. Das Gericht prüfte lediglich die Zulässigkeit des Klagebegehrens und der Verteidigungsmittel.³ Sofern die Klage nicht ohne weiteres entschieden werden konnte, endete dieser Abschnitt mit einem Beweisurteil.⁴ Dort wurden die entscheidungserhellenden und unter den Parteien streitigen Tatsachen festgestellt, die von diesen zu beweisen waren.⁵

Dieser ordentliche gemeine Prozeß folgte der Verhandlungsmaxime.⁶ Anderes galt aber für den "außerordentlichen" gemeinen Prozeß, das summarische Verfahren.⁷ Dieses war entwickelt worden, da der gemeine Prozeß "in Umständlichkeit und Langsamkeit schon das Äußerste leistete".⁸ Eingeführt durch die Clementia saepe⁹ wurde damit nach der ursprünglichen Intention an den Untergerichten dem "einfachen Mann" ein schnelles und einfaches Verfahren, das ohne Anwalt betrieben werden konnte, zur Verfügung gestellt.¹⁰ Hierbei handelte es sich um ein vereinfachtes, nicht stark an den Regeln des Prozeßrechts orientiertes, mündliches Verfahren,¹¹ in dem der Richter den Parteien Hilfestellung geben konnte. Insgesamt widerspiegelt sich darin ein inquisitorisches Moment.

Anmerkungen:

1) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 IV 4.

2) Diesen Ausdruck verwendet Engelmann, 2, 3, S. 136 ff.

- 3) Engelmann, 2, 3, S. 136 ff. (137, 140).
- 4) Engelmann, 2, 3, S. 143.
- 5) Engelmann, 2, 3, S. 144.
- 6) bernhardt, ZPR, § 2 VII; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 4 IV 4; Engelmann, 2, 3, S. 135.
- 7) A. M. Engelmann, 2, 3, S. 170.
- 8) Engelmann, 2, 3, S. 168. Vgl. auch R. Schmidt, ZPR, S.84 ff.; Roßmanith, AuR 1977, 171 (173).
- 9) Diese war ein Dekretale Clemens V, nach ihm benannt (c. 2 Clem. 5.11).
- 10) Vgl. Bomsdorf, S. 30.
- 11) Bomsdorf, S. 30

VI. Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung

Zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus¹ wurde die Herrschaft der Parteien durch die preußischen Justizreformen in Frage gestellt. Am 26.04.1781 erschien das erste Buch des Corpus Iuris Fridericianum. Damit war der Versuch unternommen, die in früherer Zeit aufgetretenen Mißstände im Prozeß zu beseitigen, die zu unerträglichen Zuständen geführt hatten. Prozeßverschleppung über Jahrzehnte war möglich gewesen.

Neben der Einführung von Justizkommissaren an Stelle der Anwälte, die als Wurzel des Übels der Prozeßverschleppung angesehen wurden, sah der Corpus Iuris Fridericianum ausdrücklich die Wahrheitsermittlung als Prozeßziel vor: "In jedem Prozesse muß also vor allen Dingen untersucht werden: was für That-sachen dabey zum Grunde liegen und wie sich dieselben nach der Wahrheit verhalten" (Einleitung 5.). "Der ... Richter ... hat die nächste Pflicht ... sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß dieser Thatsachen zu versichern (Einleitung 6.). Ergänzend wird in Punkt 7 der Einleitung ausgeführt, "der Richter ist also schuldig und befugt, den Grund und Urgrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen, soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen".

Dieses Verfahren war aber - trotz der vorstehenden Ausführungen - nicht rein inquisitorischer Natur.² So blieb gem. § 82 AGO ein den Richter bindendes Geständnis möglich.

Anmerkungen:

1) Vgl. auch Oestreicher, S. 113 ff.

2) Bomsdorf, S. 94.

VII Ergebnis

Unsere Untersuchung der historischen Prozeßordnungen hat ergeben, daß alle bislang vorherrschenden Verfahrensordnungen einer der beiden - Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime - Grundsätze untergeordnet werden können. Von einer Fehlabbildung bei der Maximenschöpfung v. Gönners bar gewachsener Prozeßformen, kann im Ergebnis keine Rede sein.¹ Insbesondere ist Bomsdorfs² zutreffendes Argument, im summarischen Verfahren des gemeinen Prozesses sei mehr die Zweckmäßigkeit, denn eine Maxime im Vordergrund gestanden, nicht geeignet, dies zu widerlegen. Die Maxime ist Folge der Verfahrensgestaltung, nicht deren Voraussetzung.³

Anmerkungen:

- 1) Die Einwendungen Bomsdorfs gegen die Geltung einer reinen Verhandlungsmaxime soll nachfolgend (§ 5 I) untersucht werden.
- 2) S. 62 ff.
- 3) Siehe oben § 2 I.

§ 5 Parteifreiheit im heutigen Zivilprozeß

I. Geltung einer reinen Verhandlungsmaxime

Der Satz, die Verhandlungsmaxime sei kein "unverbrüchliches Dogma",¹ steht am Anfang unserer Betrachtung.² Die Maxime ist kein Grundsatz, nach dem sich das Verfahren richtet, sondern sie ist aus der konkreten Ausgestaltung des Zivilverfahrens abzuleiten. Die Parteifreiheit nach der jeweiligen Prozeßordnung läßt erst auf die Maxime schließen.

Gerade diese Ableitung vermißt Bomsdorf bei v. Gönners Maximenschöpfung,³ ein Vorwurf, der sich als nicht aussagekräftig erweist.⁴ Sicher, v. Gönner stellt zunächst abstrakt zwei Wege, nach denen ein Verfahren ablaufen kann, heraus; er bezeichnet diese mit den Begriffen Verhandlungsmaxime⁵ und Untersuchungsmaxime. Beiden setzt er in Beziehung zum gemeinen Prozeß und zum fridericianischen Verfahren nach der AGO; hierbei stellt er fest, daß ersterer eher der Verhandlungs-, letzterer der Untersuchungsmaxime zuzuordnen sei.⁶

Damit sind Verfahrensabläufe abstrakt aufgestellt, ohne die Maximen aus dem Prozeßverlauf zu begründen. Die Ausrichtung des Verfahrens nach einer der beiden Maximen sollte der Vernunft entsprechen. Mag dies auch nicht der üblichen Regelbildung entsprechen, so hat v. Gönner aber die Prozeßverfahren nicht in ein Schema eines Verfahrenssatzes zu pressen gesucht. Vielmehr untersuchte er die Entsprechung seiner abstrakt gewonnenen Grundsätze im tatsächlichen Zivilprozeß, ohne den Prozeß nach seinen gedanklichen Ergebnissen auszurichten, als er keine völlige Übereinstimmung fand. Deutlich wird dies bereits daraus, wenn der gemeine Prozeß eher der Verhandlungsmaxime unterzuordnen sein sollte. Die Besonderheiten des Zivilverfahrens stellte er bei seiner Begriffsschöpfung durchaus in Rechnung, wenn er die Verhandlungsmaxime "nur wenige Ausnahmen abgerechnet"⁷ als gültig erkannte.

Bomsdorfs Ausgangspunkt eines reinen "nichts von Amts wegen" muß daher als verfehlt betrachtet werden.⁸

Von der Geltung einer so verstandenen Verhandlungsmaxime ging man - was auch die Kritiker nicht bestreiten⁹ - auch bei Schaffung der RCPO (1877) aus.¹⁰ Die Verantwortung der Parteien für den Prozeßstoff wurde zwar nicht gesetzlich fixiert; eine § 115 des Hannoverschen Entwurfs entsprechende Vorschrift lehnte man ab.¹¹ Doch schloß man "aus der Struktur des Verfahrens und zahlreicher Einzelbestimmungen" auf deren Geltung.¹² Als Konsequenz des ausklingenden Liberalismus wurden den Parteien Rechte hinsichtlich der Sachverhaltsaufklärung eingeräumt, sie zu "Herren des Sachverhalts und des Beweismaterials" gemacht.¹³ Die Beschränkungen der Parteibefugnisse entsprachen den "praktischen Bedürfnissen ... einer Ausartung derselben (sic. der Verhandlungsmaxime) vorzubeugen".¹⁴

Anmerkungen:

- 1) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I.
- 2) Oben § 2 I 1.
- 3) S. 146 ff., S. 255; vgl. oben § 3 II 4.
- 4) v. Gönner, Handb. I, S. 174 ff.
- 5) Nicht übersehen werden darf, daß v. Gönner die Inhalte der - heutigen - Dispositionsmaxime auch dem Verhandlungsgrundsatz zurechnete. Dies veranschaulicht besonders, wenn er in diesem Zusammenhang den Satz, "wo kein Kläger ist, da ist kein Richter" erwähnt (Handb. I, S. 180).
- 6) v. Gönner, Handb. I, S. 184 ff.
- 7) Handb. I, S. 183.
- 8) S. 255 ff. Vgl. auch Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 4.

- 9) Siehe oben § 3 I 2; vgl. auch Bettermann, ZZP 88 (1975), 347 (349, 350).
- 10) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs).
- 11) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs).
- 12) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs).
- 13) v. Canstein, Rationelle Grundlagen, S. 197 ff.
- 14) Hahn, Mat. II, S. 210 (Begründung des Entwurfs). Dabei soll noch dahinstehen, inwieweit die Verhandlungsmaxime (Parteiherrschaft) davon überhaupt berührt wird.

II. Geltungsgrund der Parteiherrschaft (ideologische Begründung)

Die Frage, warum der deutsche Zivilprozeß nach der Verhandlungsmaxime konzipiert wurde, ist letztlich die Frage nach dem Wert und der Notwendigkeit der Parteiverantwortung im Verfahren. Den Parteien wird damit mehr als ein bloßes Recht eingeräumt, zu allem, was in den Prozeß eingeführt wird, Stellung zu nehmen; letzteres verbürgt bereits Art. 103 I GG. Vielmehr ist ihnen weitgehend die Initiative überlassen, wie sie den Prozeß gestalten, was sie vortragen bzw. bestreiten, was sie unter Beweis stellen wollen und - eingeschränkt - wie der Beweis, mit Hilfe welcher Zeugen, erbracht werden soll. Die Frage nach dem "warum" einer so weit gehenden Regelung betrifft die sog. "ideologische" Begründung des Grundsatzes.¹ Der Einfluß der jeweiligen Staatsidee ist nicht ganz auszuschließen.² Das Gesetzesverständnis ist von Wertungen der Verfassung, wie auch von weltanschaulichen Aspekten und Tendenzen nicht völlig frei zu halten.³ Diese Ansicht⁴ wird insbesondere von Jauernig⁵ vertreten. Daneben begründen die Verfechter der Fortgeltung der Verhandlungsmaxime im heutigen Prozeß aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen,⁶ d. h. eine gesetzesorientierte Notwendigkeit wird verneint. Von anderer Seite betrachtet man die Maxime als Parallele zur materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit der Parteien.⁷ Diese folge aus der "Idee des freiheitlichen Privatrechts."⁸

1) Parteifreiheit im Prozeß als Ausfluß der demokratischen Staatsauffassung

v. Gönner führte aus, "für jede dieser beiden Maximen (sic.: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime) lassen sich aus der Natur der Sache so viele Gründe anführen, daß jede derselben mit dem Zwecke der richterlichen Gewalt sehr gut übereinstimmt; und es ist Irrthum, wenn man die Verhandlungsmaxime für die Einzige"⁹ aus-

giebt, auf welche eine Ordnung des gerichtlichen Verfahrens berechnet seyn kann. Jede von beiden Maximen ruht auf hinreichenden Gründen; aber keine von beiden schließt die andere aus."¹⁰

Diese Aussage wird in Frage gestellt, sucht man die Verhandlungsmaxime aus der Staatsidee der freiheitlich demokratischen Grundordnung abzuleiten.¹¹ Mag diese These auch durch das Verständnis der ZPO in der DDR¹² gestützt werden können, so erscheint sie in der Gesamtschau jedoch fraglich. Der Ursprung des Grundsatzes, stellt man auf die Zeit der Begriffsschöpfung ab, fiel in die Zeit einer Monarchie. Gleiches gilt für die Zeit der Kodifizierung der RCPO (1877). Allein die Überwindung des Absolutismus,¹³ der Liberalismus, die Idee des "laissez faire, laissez aller", der auch vor dem Gesetzgeber der RCPO (1877) nicht Halt gemacht hatte, stellt kein schlagkräftiges Argument für diese Auffassung dar, hatte umgekehrt gerade der "aufgeklärte Absolutismus" Friedrichs II,¹⁴ die Übergangszeit von Absolutismus zum Liberalismus, die Parteilichkeit gänzlich beseitigt und die Inquisition eingeführt. Die Verhandlungsmaxime als propagierter Grundsatz der ZPO überdauerte in der Folge auch die Zeit des Nationalsozialismus¹⁵ mit seinen völlig veränderten, absolutistisch ausgerichteten Wertvorstellungen. Die Verhandlungsmaxime ist daher unabhängig von übergesetzlichen Staatsideen zu sehen; ihr Geltungsgrund ist in der Struktur und Ausrichtung des Zivilverfahrens selbst zu suchen.

Die Freiheit des Prozeßgrundsatzes von einer irgendwie gearteten, wie die Geschichte lehrt auch äußerst wandelbaren, Staatsidee ist schon deshalb erforderlich, um eine gewisse Kontinuität des Verfahrensrechts losgelöst von der Gesellschafts-ideologie zu gewährleisten. Dabei mag der Grundsatz durchaus mit der herrschenden Staatsauffassung konform gehen; nur ist dessen Geltungsgrund hiervon unabhängig. Jauernigs Ansicht scheint daher bereits zu hoch angesetzt.¹⁶

2) Parteifreiheit als Parallele zur Privatautonomie

Die Begründung der Parteifreiheit in diesem Bereich ist nicht einheitlich. Einerseits argumentiert man aus dem Verfahrenszweck, dem Schutz subjektiver Rechte,¹⁷ andererseits zieht man die Verfassung zur Begründung heran.¹⁸

a) Parteifreiheit und Freiheit des einzelnen

Die Angriffe gegen die Verhandlungsmaxime beinhalten die Gefahr einer Veränderung des Prozeßzwecks und stellen das Privatrecht in Frage.¹⁹ Parteiverantwortung und Parteifreiheit machen den Wert eines rechtsstaatlichen Zivilprozesses aus. Diese Erzungenschaften sind rasch vertan, aber nur schwer wieder zu erlangen.²⁰ Mit solcher Argumentation Leipolds ist noch nicht viel gewonnen; den Beweis seiner Prämissen bleibt er schuldig, wenn er meint, die Verhandlungsmaxime biete sich als einziger Prozeßgrundsatz an, wolle man am Schutz privater Rechte als Zweck des Zivilverfahrens und an der "Idee des freien und mündigen Bürgers" festhalten.²¹

Konkreter stellt jedoch Grunsky²² auf den Zusammenhang von Parteiverantwortung und Privatautonomie ab. Den Parteien müsse überall, wo sie materiellrechtlich verfügen könnten, auch im Verfahren ein Verfügungsrecht zustehen.²³ Eine Tatsachendisposition im Sinne des Ausklammerns einzelner Geschehnisse, nicht im Sinne des Aus-der-Welt-Schaffens,²⁴ sei möglich. Grunsky führt folgendes Beispiel an:²⁵

Der Beklagte wird auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch genommen. Wie es dem Kläger nun möglich ist, dem Beklagten die Rückzahlungsschuld zu erlassen (§ 397 BGB), müsse es ihm auch möglich sein, die Behauptung des Beklagten, er habe das Darlehen bereits zurückgezahlt, zuzugestehen (§ 288 ZPO). Bei dieser Sachlage sei die Geltung der Verhandlungsmaxime denknotwendig, wolle man einen Wertungswiderspruch vermeiden,²⁶ d. h. die Verhandlungsmaxime müsse überall dort gelten, wo eine materielle Verfügungsbefugnis besteht.

Die These, der materiellen Privatautonomie entspreche ein prozessuales Dispositionsrecht der Parteien, scheint zunächst schlüssig und vernünftig. Das Verfahren stellt zwar eigene Institute zur Gestaltung der materiellen Rechtslage zur Verfügung, zuvorderst Anerkenntnis und Verzicht; die genannten Verfügungsmöglichkeiten sind nicht abschließend.²⁷ Jedoch ist die Ableitung der Verhandlungsmaxime aus der Privatautonomie nicht logisch zwingend. An dieser änderte sich nichts, wäre jegliche Verfügung der Parteien im Prozeß untersagt.²⁸ Es bliebe ihnen unbenommen, den erstrebten Erfolg im Wege materieller Gestaltung zu erreichen.

Zudem ist auch eine Entsprechung von Dispositionsfreiheit und Privatautonomie zweifelhaft. Beide zeitigen unterschiedliche Wirkungen und sind in der Bindungswirkung für die Parteien nicht vergleichbar.²⁹ Auch setzt das Argument der Massenerscheinung des Zivilprozesses bei Fehlen einer realen Chancengleichheit u. U. die Notwendigkeit staatlichen Eingreifens voraus.³⁰

b) Parteifreiheit und Verfassung

Schönfeld³¹ versucht eine Rechtfertigung notwendiger Parteifreiheit in Korrespondenz zur Privatautonomie aus der Verfassung.³² Die Prozeßmaximen seien Pendant zu den Grundprinzipien des materiellen Rechts, die durch die Wertvorstellungen der Verfassung inhaltlich auszufüllen seien.³³ Der einzelne dürfte im Verfahren nicht Objekt staatlicher Macht sein.³⁴

Er stellt zwei Prämissen auf:

- 1) Die Verfassung (GG) enthält eine Wertentscheidung zugunsten individueller Freiheit.³⁵ Im Zusammenhang mit der Entscheidung zu einem Rechts- und Sozialstaat bedeute dies, daß der einzelne Bürger weitgehend - in den Grenzen sozialer Verbundenheit - vor staatlicher Bevormundung geschützt werden müsse.³⁶

- 2) Die Wertentscheidung der Verfassung hat auch für den Zivilprozeß in der Weise Bedeutung, als dieser insoweit angewandtes Verfassungsrecht ist, als er weder verfassungsneutral noch unpolitisch ist.³⁷

Gewiß, das Grundgesetz beinhaltet eine grundsätzliche Freiheitsvermutung, deren Ausfluß die materielle Verfügungsfreiheit ist. Der einzelne kann seine Rechtsbeziehungen frei und ohne staatliche Bevormundung, in den Grenzen der sozialen Verbundenheit (Art. 20 III GG), regeln, womit einer starren Grundrechtsauslegung der Weg verschlossen ist.³⁸ Im Vordergrund steht die Polarisierung "Einzelverantwortung und soziale Verbundenheit".

Bedenken ruft aber die weitere Behauptung, der Zivilprozeß sei angewandtes Verfassungsrecht, im Sinne einer gegenseitigen Entsprechung,³⁹ hervor. Die Grundrechte haben zwar als Grundbedingungen der Gerechtigkeit auch Bedeutung bei der Auslegung der Verfahrensgesetze;⁴⁰ die Wertentscheidungen der Verfassung sind zur Konkretisierung einzelner Vorschriften und zur Lückenfüllung heranzuziehen.⁴¹ Die Parteien dürfen im Verfahren nicht als Objekte staatlicher Macht mißbraucht werden. Dies besagt aber nichts darüber, daß gerade die materielle Verfügungsbefugnis als Verhandlungsmaxime im Prozeß ihre Entsprechung finden müßte.

Dem Grundgesetz ist nur das Verbot einer reinen Untersuchungsmaxime zu entnehmen.⁴² Es stellte eine Verletzung von Art. 103 I GG dar, wäre es den Parteien untersagt, selbst Tatsachen und Beweismittel vorzutragen.⁴³ Denn das Recht zur Stellungnahme zum gegnerischen Sachvortrag bzw. auf anderweitig auftauchende Gesichtspunkte beinhaltet begriffsnotwendig das Recht, weitere Umstände (Tatsachen) und Beweismittel vorzutragen.

Die Normierung materieller Verfügungsfreiheit in Art. 2 II, 14 I GG liefert kein notwendiges Argument für die Verhandlungsmaxime. Die Vorschriften sind im Zusammenhang zu sehen.⁴⁴ Gegen eine solche Parteifreiheit kann schon die richterliche Neutralität (Art. 101 II, 97 GG), das Streben nach einem der Wahrheit ent-

sprechenden Urteil (Rechtsstaatsprinzip) oder die Gewährleistung eines fairen Verfahrens (Sozialstaatsprinzip)⁴⁵ angeführt werden. Damit wird aber die Freiheit der Parteien im materiellen Recht nicht angetastet.

Andererseits schließt aber das Grundgesetz keine Tatsachendisposition im o. g. Sinne aus.⁴⁶ Die Grenzen der sozialen Verbundenheit sind mit ihr nicht notwendig überschritten.⁴⁷ Eine Tatsachendisposition bedeutet keine Benachteiligung des Gegners; sie kommt nur mit dessen Mitwirkung zustande.

Interessant in diesem Zusammenhang ist, daß Wassermann mit der weiteren Prämisse, Zivilprozeßrecht sei (stets) angewandtes Verfassungsrecht, nicht zur Bejahung der Verhandlungsmaxime kommt.⁴⁸ Dies erheilt weiter die Bedenken Arens,⁴⁹ eine Ableitung der Lösung von Einzelproblemen aus der Verfassung berge die Gefahr, subjektiven Ansichten den Anstrich des absolut Gültigen zu verleihen.

Damit bleibt festzuhalten: Die Verhandlungsmaxime ist kein notwendiges Korrelat zur materiellen Verfügungsfreiheit der Parteien. Ihre Begründung für den Zivilprozeß kann damit allenfalls aus Zweckmäßigkeitserwägungen erfolgen.

3) Verhandlungsmaxime und Zweckmäßigkeit

Jede Partei wird bestrebt sein, die ihr günstigen Tatsachen vorzutragen. Jede Partei will den Prozeß gewinnen. Das Eigeninteresse der Parteien am Prozeßausgang ist somit eine ausreichende Rechtfertigung, ihnen die Herrschaft über den Tatsachenstoff zuzubilligen. Der Einwand, die Parteien seien zum Tatsachenvortrag nicht in der Lage, kann demgegenüber nur verwundern, zumal, wenn daraus die Geltung der Verhandlungsmaxime abgeleitet wird.⁵⁰ Die Zubilligung von Eigenverantwortung wird ins Gegenteil verkehrt, greift sofort die staatliche Fürsorge ein.⁵¹

Das Argument, das Parteiinteresse sei im Zivilprozeß kein zuverlässigerer Motor als in Verfahren unter Geltung der Untersuchungsmaxime,⁵² vermag nicht zu überzeugen.

Im Beispielsfall Schönfelds,⁵³ wo ein Schadenersatzprozeß aus Unfallschaden mit einem Prozeß gegen die Enteignung eines Wohnhauses verglichen wird, stellt er einseitig auf die klägerischen Interessen ab. Das Interesse des Klägers ist in beiden Fällen auf rasches Obsiegen gerichtet. Jedoch ist im Verwaltungsprozeß (ähnlich im SGG-, FCO-Verfahren) i. d. R. eine Behörde als Gegenpartei beteiligt. Hier besteht wegen mannigfaltiger Verflechtungen nicht generell eine gleichgelagerte Motorik. Im übrigen spielen dabei nicht nur Privatinteressen eine Rolle.

Insbesondere im Anwaltsprozeß ist es bedenklich, die Fähigkeit zur Stoffsammlung allein dem Gericht zuzusprechen:

Brehm⁵⁴ hat überzeugend dargelegt, daß mit der Behauptung unzureichender Prozeßförderung durch Anwälte Ursache und Wirkung verwechselt werden. Es ist leichter, eine aufwendige Erörterung des Streitstands mit den Mandanten und eventuell mühsames und aufwendiges Nachfragen um weitere Aufklärung durch pauschale Behauptungen zu ersetzen, kann der Anwalt mit Hinweisen des Gerichts zu ergänzungsbedürftigen Stellen rechnen.

Solche Argumentation verkennt auch die Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO)⁵⁵ der an der Seite der Gerichte⁵⁶ bei der Sachaufklärung mitzuwirken und das Recht zu verwirklichen hat.⁵⁷ Dem widerspricht es, diese Aufgabe allein oder weitgehend dem Gericht zu überlassen.

Gefährlich ist es zudem, dem Anwalt Fähigkeiten abzusprechen, die der Richter besitzt.⁵⁸ Beide haben die gleiche Qualifikation (§ 5 I DRiG). Dem Gericht einen größeren Weitblick zuzutrauen hieße, einem Klassendenken Vorschub zu leisten.

Die Bejahung einer weitreichenden Hinweispflicht bedingt die Gefahr unnötiger Beweisaufnahmen.⁵⁹ Zunächst unschlüssiges (unvollständiges) Vorbringen wird in Kauf genommen. Angesichts dessen ist es unvereinbar, einerseits das Kostenrisiko als Rechtswegsperre zu betrachten,⁶⁰ andererseits den Parteien überflüssige Kosten aufzuerlegen.

Kann die Verhandlungsmaxime demnach nur aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen begründet werden, ist aber lediglich gesagt, daß eine Begründung als notwendiges Korrelat zur Privatautonomie ausscheidet. Richtig ist, daß dieser Prozeßgrundsatz der Privatautonomie am besten entspricht. Denn das materielle Recht erlaubt weitgehend die freie Verfügung über parteiliche Rechtspositionen. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Verfügung⁶¹ auf prozessualen Weg zu verbieten. Mit einer Parteidisposition über Tatsachen kann im Prozeß das Ziel einer Veränderung der materiellen Rechtslage einfacher und oft rascher erreicht werden.⁶²

Der den Parteien freistehende Entschluß, ihr Recht vor staatlichen Gerichten zu verfolgen, beinhaltet nicht die Entscheidung über alle erdenklichen Tatsachen zu streiten.⁶³ Das Gesetz geht von der gegenständlichen Streitbestimmung der Parteien aus.⁶⁴ Damit ist auch sozialpolitischen Notwendigkeiten Rechnung getragen. Ein Zwang, alles bestreiten oder unter Beweis stellen zu müssen, beseitigte den Rest von Vertrauen zwischen zumeist ohnehin recht zerstrittenen Parteien. Es macht einen Unterschied, ob gewisse Randbedingungen bestehen bleiben können oder, ob der Gegner sich dagegen wenden muß, wenn sie nicht zweifelsfrei feststehen.⁶⁵

Mit dem nunmehr gewonnenen Ergebnis, die Verhandlungsmaxime sei Ergebnis reiner Zweckmäßigkeitserwägungen, entspreche aber der Privatautonomie am besten, ist noch nichts über ihre heutige Geltung gesagt. Der Gesetzgeber kann sich durchaus einer anderen Erwägung angeschlossen haben. Der Frage, ob die Aufrechterhaltungsversuche dieser Maxime "bedeutungslos gewordene Überreste jenes ideologischen Prinzips sind, welches als Schul- und Paradestück geehrt"⁶⁶ wird, soll nachfolgend untersucht werden.

Entgegen Esser⁶⁷ ist die Verhandlungsmaxime nicht ideologisch verbrämt. Wird ihre Geltung im heutigen Zivilverfahren nachgewiesen, so beruht sich allein auf der nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgestalteten Gesetzeslage. Dies ist nicht in dem Sinn zu verstehen, eine "ideologische Begründung" sei abzulehnen.⁶⁸ Die Versuche einer ideologischen Verankerung der Maxime⁶⁹ sind abzulehnen. Die darin liegende Gefahr zeigt sich deutlich in der jüngeren Geschichte, wie auch am Beispiel der DDR. Nur allzuleicht ist man geneigt, die Maxime aus dem Ganzen zu lösen, ihr eigene Funktionen als Dogma zuzuerkennen. Der Befürworter läuft Gefahr, mit Ideologieverdacht belegt zu werden, obwohl anerkanntermaßen die Maxime nicht Einzelprobleme lösen kann.⁷⁰

Anmerkungen:

- 1) Dies ist nicht völlig identisch mit Weyers "ideologischer Begründung". Er versteht darunter nur einen Teilaspekt unserer Problematik, die Fortsetzung der Privatautonomie. Weitere Aspekte, wie z. B. die Zweckmäßigkeitsfrage faßt er unter die "technische Begründung". (Festschrift für Esser, S. 193 (200 ff.).)
- 2) Dies zeigt ein Vergleich mit der ZPO DDR. In der am 01. 01. 1976 in Kraft getretenen ZPO ist in verschiedenen Vorschriften die Inquisition vorgesehen. § 2 II ZPO DDR überbürdet dem Gericht eine Aufklärungspflicht; die Parteien haben, auch hinsichtlich der Beweismittelbenennung, nur Mitwirkungsrechte (§§ 3 I 2, 45 I 2 ZPO DDR). Doch bereits vor Geltung des neuen Gesetzes, las man aus einem - nahezu - gleichem Gesetzestext wie unsere ZPO, die Verpflichtung zur Aufklärung der materiellen - objektiven - Wahrheit, also ein Inquisitionsverfahren heraus. Die Verhandlungsmaxime galt als Relikt des bürgerlich-kapitalistischen Zivilprozesses, die der "reaktionären Willkürjustiz der Landesherren" und der "Festigung der kapitalistischen und der Zersetzung der feudalistischen Produktionsverhältnissen dienten". (Nathan, S. 24 ff.; ähnlich Kietz-Mühmann, S. 40 ff.) Der bürgerliche Zivilprozeß war und ist Ausdruck des Klasseninteresses der Bourgeoisie (Kellner, S. 93). Vgl. dazu eingehend Leipold, JZ 1982, 441 (444 ff.); Böhm, S. 159.
- 3) Eine umfassende Untersuchung über diese Wechselwirkung ließ Hückel, Der sozialistische Zivilprozeß in der Deutschen Demokratischen Republik, 1973, dem sozialistischen Verfahren angedeihen. Für die Ausrichtung in der Bundesre-

- publik Deutschland vgl. Leipold, JZ 1982, 441 (447 ff.); auch Raiser, JZ 1958, 1 ff. und Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 80 ff.
- 4) Die Tatsache einer solchen Ausrichtung beklagt Weyers, Festschrift für Esser, Fn. 49.
 - 5) ZPR, § 25 VIII 3.
 - 6) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 80 ff.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 3; Bathe, S. 21 ff.; Deubner, Festschrift für Schiedermair, S. 79, 83; E. Peters, ZPR, S. 36; Schwab, ZZP 71 (1964), 124 (141); Stein, Das private Wissen, S. 87 ff.
 - 7) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. § 128, Anm. 3 A, B, D; Thomas-Putzo, ZPO, Einl. I 1 a; Arens, ZNP 96 (1983), 1 ff.; Brehm, S. 18, 32; Grunsky, Grundlagen, § 3 II; Leipold, JZ 1982, 441 (448); Schönfeld, S. 126 ff.
 - 8) Leipold, JZ 1982, 441 (448); ders. in: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnrn. 80 ff.
 - 9) Hervorhebung im Original.
 - 10) v. Gönner, Handb. I, S. 184.
 - 11) Leipold, JZ 1982, 441 (448); ders. in: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnrn. 80 ff.
 - 12) Vgl. oben § 5 III Fn. 21.
 - 13) Dieser neigt nach Jauernig, ZPR, § 25 VIII 3, zur Inquisition.
 - 14) Vgl. zur Terminologie Oestreicher, S. 90 ff., 113 ff.
 - 15) Ob hier noch von einer Verhandlungsmaxime gesprochen werden konnte ist zweifelhaft, aber wohl zu bejahen. Dies gilt gerade wegen der Tendenz, die meisten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit ihrer Untersuchungspflicht zu unterstellen.
 - 16) So offenbar auch Leipold, JZ 1982, 441 (448). Die weitere Frage, ob die Verfassung jetzt die Verhandlungsmaxime für den Zivilprozeß erfordert (so Schönfeld, S. 98 ff.), soll nachfolgend erörtert werden.
 - 17) So z. B. Leipold, JZ 1982, 441 (448); Grunsky, Grundlagen, § 3 II; Thomas-Putzo, ZPO, Einl. I 1; Schima, Festschrift für v. Hippel, S. 427.

- 18) Schönfeld, S. 102 ff. 126 ff.; mit Einschränkungen nach Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (657 ff.).
- 19) So Leipold, JZ 1982, 441 (448), der einräumt, daß die Gegner von einem verschiedenen Zweckverständnis ausgehen. Mit den anderen Zwecken erfolgt jedoch keine Auseinandersetzung. Vgl. auch Arens, ZJP 96 (1983), 1.
- 20) JZ 1982, 441 (448).
- 21) Diese Auffassung ist in dieser Form nur als Ideologie zu verstehen, wengleich Leipold dies nicht so verstanden haben will (JZ 1982, 441 (448)).
- 22) Grundlagen, § 3 II; ders. ArbGG, § 46, Rdnr. 9; ebenso Schima, Festschrift für v. Hippel, S. 463 (472); Blomeyer, ZPR, § 14 II 2.
- 23) Dabei übersieht Crunsky, Grundlagen § 3 II, aber, daß in Verwaltungs- und Sozialgerichtsverfahren häufig auch über verzichtbare Rechtspositionen gestritten wird. Nach seinem Ausgangspunkt müßte insoweit auch dort eine Parteifreiheit i. S. eines Beibringungsgrundsatzes gelten. Daß dem nicht so ist, zeigt die Unrichtigkeit seines Ausgangspunktes (so zutreffend Roßmanith, AuR 1977, 171 (175)). Vgl. auch unten § 3 IV 2 c, die Beispielsfälle Schönfelds, S. 132 ff. betreffend.
- 24) So das Gegenargument Bernhardts, JZ 1963 245 (246).
- 25) Grundlagen, § 3 II 2.
- 26) Crunsky, Grundlagen, § 3 II 2; Schönfeld, S. 126 ff.
- 27) A. M. Bernhardt, JZ 1963, 245, (246).
- 28) So zutreffend Brehm, S. 32.
- 29) Dazu eingehend unten § 11 III.
- 30) Roßmanith, AuR 1977, 171 (175), verweist hier zutreffend auf die Lage, die zur Entstehung der Arbeitsschutzgesetze führte. Damit - und dies übersieht Roßmanith - ist aber nichts darüber gesagt, ob die bestehenden Regelungen der richterlichen Bestätigung bei der Sachverhaltsermittlung den Verhandlungsgrundsatz berühren (dazu unten § 5 III).
- 31) Schönfeld, S. 98 ff.; vgl. Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (657 ff.).
- 32) Bedenken gegen die Ableitung von Einzelproblemlösungen aus der Verfassung äußert Arens, ZJP 96 (1983), 1 und in:

Humane Justiz, S. 7 (10). Er sieht die Gefahr, daß subjektiven Ansichten zwingendes verliehen wird. Dabei verweist er auf das seiner Meinung nach bedenkliche Recht der kompensatorischen Verhandlungsführung durch das Gericht (vgl. auch Gilles, JuS 1981, 402 (404)).

- 33) Schönfeld, S. 129 ff. Die Fragwürdigkeit dieser Argumentation zeigt sich bereits, wenn Roßmanith der Verfassung die Notwendigkeit staatlicher Hilfe entnehmen will (AuR 1977, 171 (173)).
- 34) Schönfeld, S. 131 ff.
- 35) Schönfeld, S. 104 ff; BVerfGE 6, 32; BVerfGE 7, 198 (205).
- 36) Schönfeld, S. 107 ff.
- 37) Schönfeld, S. 111 ff.; weitergehend Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 76; ders., RuP 1974, 105. Gegen die weite Formulierung, Verfahrensrecht sei angewandtes Verfassungsrecht, wird zu Recht eingewandt, damit werde ein "Zustand ständiger 'Osmose'" hergestellt, "der rechtsstaatlich nicht deduziert werden könne." Es bestehe die Gefahr, daß die Berufung auf Auslegung verfassungsrechtlicher Grundsätze nur bedingt und daher sehr variabel sein kann (Forsthoff, Festschrift zum 45. DJT, S. 41; Arens in: Humane Justiz, S. 1 (11); Gaul, ZZP 80 (1967), 151; Schönfeld, S. 103).
- 38) BVerfGE 4, 15. Vgl. auch Henckel, Prozeßrecht, S. 125, für Fragen des Tarifrechts.
- 39) Schönfeld, S. 111 ff. (113).
- 40) BVerfGE 1, 97 (105); so bereits R. Schmidt, Prozeßrecht und Staatsrecht, S. 4, 32, 50 ff.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 7 II 2 b.
- 41) Zöller-Vollkommer, ZPO, Einl.Rdnr. 98; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 7 II 2 b, § 1 VII; BGHZ 51, 193; BGHZ 51, 255; BGHZ 54, 394; vgl. weiter BGHZ 52, 2; BGHZ 53, 312; weiter Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Auf., Einl. Rdnr. 531 ff.; Bender-Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht (1980); Böttcher, Gleichheit, S. 9.
- 42) So richtig, Schönfeld, S. 131; Bettermann, JBl. 1972, 57 (62); Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (657); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 103, Rdnrn. 31, 32; vgl. auch BVerfGE 7, 53 (57).
- 43) So Schönfeld, S. 131; Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (657); Bettermann, JBl. 1972, 57 (62).

- 44) Bettermann JBl. 1972, 57 (62); Sürner, Festschrift für Baur, S. 647 (658).
- 45) Vgl. Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (658); Brüggemann, iudex statutor, S. 164 ff.; BVerfGE 42, 64 ff. (76 ff.); BVerfGE 46, 325 (334 ff.); BVerfG, NJW 1979, 534; BVerfG, NJW 1979, 1925 (1927).
- 46) BVerfG, NJW 1979, 1925 (1927); Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (658).
- 47) In krassen Fällen mag das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, vgl. Würthwein, S. 144.
- 48) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 76.
- 49) ZZP 96 (1983), 1; ders. in: Humane Justiz, S. 7 (10).
- 50) So Schönfeld, S. 137; ähnlich Brüggemann, iudex statutor, S. 118 ff.; vgl. auch Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 104.
- 51) So Schönfeld, S. 104 ff., vgl. auch Roßmanith, AuR 1977, 171 ff.
- 52) Schönfeld, S. 137; Grunsky, Grundlagen, § 3 II 2.
- 53) S. 132, 133. Vgl. auch oben § 5 II 2 b, Fn. 25.
- 54) S. 39 ff., 78 ff.; vgl. auch R. Schmidt, ZPR, S. 420 ff.; Stein, Grundriß, S. 68.
- 55) Gerade dieser wird von diesen Kritikern mit angegriffen; vgl. Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 104; Brüggemann, iudex statutor, S. 118 ff.
- 56) Isele, BRAO, § 1 Anm. IV A 4.
- 57) Isele, BRAO, § 1 Anm. IV 3, 2.
- 58) Vgl. Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 104; Brüggemann, iudex statutor, S. 118 ff.
- 59) Brehm, S. 78.
- 60) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 186.
- 61) Die Frage der Einschränkung der Verhandlungsmaxime wird nachfolgend behandelt.
- 62) Brehm, S. 32, 33.

- 63) Brehm, S. 33.
- 64) Brehm, S. 33.
- 65) Brehm, S. 33; ähnlich Stürner, Aufklärungspflicht, S. 63, Fn. 2 a, wonach die Verhandlungsmaxime rechtstechnisches Instrument zu effektiver und ökonomischer Sachaufklärung ist.
- 66) Esser, Grundsatz und Norm, S. 157.
- 67) Esser, Grundsatz und Norm, S. 157.
- 68) So Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (200 ff.).
- 69) So aber ist Weyers, a. a. O., gerade aber nicht zu verstehen.
- 70) Esser, Grundsatz und Norm, S. 107.

III. Durchbrechung der Verhandlungsmaxime?

Eine veränderte Wertentscheidung des Gesetzgebers gegen die Verhandlungsmaxime kann nur in den durch die Novellierungen der ZPO eingeführten gerichtlichen Mitwirkungsbefugnissen zum Ausdruck kommen. Ob in ihnen eine Durchbrechung¹ oder Beseitigung² der Parteifreiheit liegt, die den Richter zu eigener Tatsachenermittlung befugt, soll nachfolgend untersucht werden.³

1) Richterliche Frage- und Erörterungspflicht⁴ (§ 139 I ZPO).

§ 139 I ZPO regelt die Verpflichtung des Gerichts, darauf hinzuwirken, daß die Parteien sich vollständig über erhebliche Tatsachen erklären und sachdienliche Anträge stellen. Es gilt die Ergänzung ungenügender Tatsachenangaben und Beweisansprüche anzuregen. Das Gesetz gibt dazu die Erörterung des Sach- und Rechtsstands in die Hand. Das Gericht kann Hinweise erteilen und Fragen stellen (§ 139 I, II ZPO). Der Richter wird aktiv an der Verhandlung beteiligt; er hat so für einen zügigen Verhandlungsablauf Sorge zu tragen und soll daneben eine inhaltlich gerechte Entscheidung anstreben.

Die Regelung des § 139 ZPO besteht dem Grundgedanken nach bereits seit Schaffung der RCPO (1877). Nach § 130 RCPO (1877) hatte das Gericht durch Fragen auf Erläuterung unklarer Anträge und Ergänzung ungenügender Tatsachenangaben hinzuwirken. Im amtsgerichtlichen Verfahren bestand die umfassende Verpflichtung "dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklärten und sachdienliche Anträge stellten" (§ 464 RCPO (1877)). Diese umfassendere Pflicht wurde zusammen mit der durch die Novelle 1909 für das amtsgerichtliche Verfahren eingeführten Vorschrift des § 502 ZPO (Erörterung von Sach- und Streitstand) mit der Novelle 1924 auch auf das landgerichtliche Verfahren in § 139 I ZPO ausgedehnt.

Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht wird heute als eine Ausprägung des sozialen Rechtsstaates angesehen.⁵

Sie überbürdet dem Gericht eine Mitverantwortung zur erschöpfenden Sachverhaltsaufklärung,⁶ eine Verpflichtung, deren Verletzung mit der Revision,⁷ u. U. mit der Verfassungsbeschwerde⁸ geltend gemacht werden kann.

a) Überblick über die Argumente der Kritiker der Parteifreiheit

Insbesondere an § 139 I ZPO hat sich der Streit um die Beschränkung der Parteiherrschaft immer wieder aufs neue entzündet.⁹ Gerade diese Vorschrift wird zur Begründung einer Durchbrechung der Verhandlungsmaxime¹⁰ oder deren Modifizierung¹¹ angeführt. Bomsdorf¹² erblickt in ihr - wie schon im früheren § 130 RCPO (1877) - eine Abwendung vom Grundsatz der Parteifreiheit. Seiner Meinung zufolge hat mit dieser Normierung eine (partielle) Preisgabe des als Fehlabbildung apostrophierten Grundsatzes stattgefunden.

Aus der Mitverantwortung des Gerichts für den Streitstoff,¹³ die § 139 I ZPO auferlegt, schließt man auf eine Beschränkung der Parteifreiheiten. Die Vorschrift bedeute eine Einbruchsstelle in den altliberalen Prozeß. Der Richter sei nicht mehr nur passiver Zuhörer,¹⁴ ihm obliege eine Fürsorgepflicht gegenüber den Parteien.¹⁵ Es gelte nunmehr, den Sachverhalt vollständig zu ermitteln. Zu diesem Zweck könne das Gericht auf Lücken im Sachvortrag hinweisen und Fragen stellen. § 139 I ZPO gebe ihm die notwendigen Mittel, um jede Klarheit zu erreichen.¹⁶

Die richterliche Unparteilichkeit wird als mit diesem Verständnis konform angesehen. Sie wäre nur dann verletzt, wenn der Richter "eine Partei entgegen den Geboten des Rechts benachteilige".¹⁷ Dies sei aber wegen der positiven Gesetzesregelung des § 139 I ZPO ausgeschlossen.¹⁸ Bomsdorf¹⁹ stellt auf die Ersetzung der Ermessensvorschrift des § 130 RCPO (1877) durch die Muß-Vorschrift des § 139 I ZPO ab. Dem Gericht sei jetzt eine Handhabe zur Schaffung einer vernünftigen Urteilsgrundlage gegeben.²⁰

Konsequenz dieser Auffassung ist eine freie Würdigung unbeantwortet gebliebener Fragen,²¹ wobei in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, daß von verschiedener Seite²² eine prozessuale Aufklärungspflicht gegenüber dem Gericht vertreten wird. Darüber hinaus halten einige dafür, der Richter könne auch die nicht beweisbelastete Partei nach seinem Ermessen in die Pflicht nehmen.²³ Die Würdigung unterbliebener Aufklärungen könne so zu einer "definitiven" Erledigung des Rechtsstreits führen.²⁴ Das gönnersche "nichts von Amts wegen" sei damit beseitigt.²⁵

b) Beschränkung der Parteimacht

(1) Einführung

Das Verhältnis zwischen Richter- und Parteimacht läßt das Zivilverfahren im Lichte der vorgenannten Auffassungen als "mixtum compositum" aus Verhandlungsgrundsatz und Inquisition erscheinen.²⁶ Beide Aktionskreise scheinen aneinander zu grenzen und ineinander überzugehen, daß eine klare Trennung nicht möglich ist. So verwundert es nicht, wenn z. B. Bomsdorf²⁷ die Vorschrift des § 139 ZPO als "wesentliche Ausnahme der Verhandlungsmaxime" bezeichnet. Eine eindeutige Begrenzung der Richtermacht und damit der Ausnahmevorschrift des § 139 I ZPO aufzustellen ist bisher nicht gelungen.

Deutlich wird dies am Streit zwischen "Hinweispflicht" und "Hinweisrecht". Ist der Richter berechtigt, die Parteien auf übersehene Punkte hinzuweisen, soweit § 139 I ZPO keine Verpflichtung statuiert?²⁸ Oder decken sich beide Begriffe dergestalt, daß jedweder Hinweis erteilt werden kann?²⁹

Bei allen Kritikern findet sich jedoch keine Analyse von § 139 I ZPO. Gerade aber das Verständnis dieser Vorschrift ist entscheidend für die Frage nach dem Verhältnis zur Verhandlungsmaxime.³⁰ Der Streit um "Hinweispflicht" und "Hinweisrecht" kann dahinstehen, wenn die Vorschrift dem Gericht keine Aufklärungs-

befugnis gibt. Zu fragen ist also: Kann das Gericht über § 139 I ZPO selbst Aufklärung betreiben durch Ermittlung des wahren Sachverhalts? Werden die Prozeßparteien über § 139 I ZPO Beweismittel im weiteren Sinn ³¹ bzw. "dienende Prozeßobjekte"? ³² Erst hieraus ergibt sich, inwieweit § 139 I ZPO mit der Parteifreiheit kollidiert. Hierbei ist wiederum zu unterscheiden: Gestattet § 139 I ZPO eine mittelbare Sachverhaltsaufklärung (nachfolgend (2)) oder - falls dies verneint wird - können aus einer unterbliebenen weiteren Aufklärung durch eine Partei Schlüsse gezogen werden (nachfolgend (3))?

(2) Sachverhaltsermittlung durch das Gericht?

Die Frage- und Erörterungspflicht des § 139 I ZPO erlegt dem Gericht eine Fürsorgepflicht gegenüber den Parteien auf. ³³ Damit wird dem Bedürfnis der Parteien nach einer schnellen und richtigen Entscheidung Rechnung getragen. ³⁴ Sie sollen vor eigenem Versehen, ³⁵ aber auch vor einer Überrumpelung durch das Gericht ³⁶ geschützt werden. Bedeutet diese Mitverantwortung des Gerichts ³⁷ eine umfassende Fürsorgepflicht i. S. einer eigenen Sachverhaltsermittlung ³⁸ oder hat sie sich im Rahmen des Parteivortrags und der von Gesetz und richterlicher Neutralität gesteckten Grenzen zu halten? ³⁹

Objekt der "Aufklärung" des § 139 ZPO ist nicht der tatsächliche Geschehensablauf, sondern der Parteivortrag. ⁴⁰ Ungenügende Angaben sollen ergänzt und vervollständigt werden. Erstrebt ist die Klarstellung des vorgetragenen Tatsachenstoffs. Auf Ungenauigkeiten und Unzulänglichkeiten des parteilichen Vorbringens ist hinzuweisen. Die Erläuterungen können auch die Einführung neuen Tatsachenstoffes bedingen, doch ist dies nur mittelbar Folge des Fragerechts und abhängig vom Willen der Parteien.

Die Aufgaben des § 139 I ZPO umschrieb Spohr⁴¹ plastisch mit Klarstellungs-, Transformations- und Verständigungsfunktion. Unklares Vorbringen soll erhellte, der wahre Erklärungswert festgestellt werden (Klarstellungsfunktion).⁴² Daneben wird laienhafter Parteivortrag in die Prozeßsphäre übergeleitet (transformiert).⁴³ Als weiteres tritt die Verpflichtung des Gerichts hinzu, den Sach- und Rechtsstand zu erörtern. Die Parteien sollen erfahren, wie ihr Vortrag zu bewerten ist, wo noch Ergänzungen anzubringen sind. Es hat eine Verständigung zwischen Gericht und Parteien stattzufinden.⁴⁴ Weitere Funktionen dieser Vorschrift sind nicht anzuerkennen. § 139 ZPO ist keine Beweisvorschrift; mit ihrer Hilfe darf weder ein Beweis umgangen noch ersetzt werden.

Der Formulierung, der Richter habe "dahin zu wirken, daß die Parteien sich vollständig erklären", kann nicht entnommen werden, dieser dürfe selbst ermitteln. Diese Aussage ist ebenso auf den bereits beigebrachten Streitstoff bezogen. Zum einen beinhaltet der Begriff "dahin zu wirken" nur ein Nachsuchen um weitere Aufklärung, ohne Befugnis zu eigener Aufklärung. Hätte das Gericht eine solche, wäre es unverständlich, wenn es zunächst (oder etwa nur?) durch die Parteien darauf hinwirken könnte. Weitere Aufklärungsmittel enthält das Gesetz nicht. Sie wären aber z. B. für den Fall einer verweigerten Auskunft zu erwarten.

Die kompensatorische Funktion⁴⁵ der Vorschrift würde überdehnt, wollte man aus ihr eine Aufklärungsbefugnis ableiten. Das Argument, über § 139 ZPO solle der schwachen Partei geholfen werden, bedarf einer Präzisierung. Der Charakter der Vorschrift als Ausprägung des Sozialstaatsgedankens⁴⁶ bedeutet nicht, der Richter müsse die Unterlegenheit der einen oder anderen Partei gegen deren Willen ausgleichen. Leipold⁴⁷ formuliert treffend, "Aufgabe des Zivilrichters ist nicht, Sozialhilfe zu betreiben,

sondern dem Recht zur Verwirklichung zu verhelfen." Diese Verpflichtung besteht gegenüber beiden Parteien. Das gegenteilige Verständnis wäre mit der richterlichen Neutralität unvereinbar.⁴⁸ Insbesondere verbietet sich bei klarem und eindeutigen Parteivortrag weiteres Nachfragen.⁴⁹ Es ist der Anschein zu vermeiden, der Richter strebe den Vorteil einer Partei an, was bei genereller Unterstützung der schwächeren Partei unter Außerachtlassung des äußeren Rahmens des Parteivortrags der Fall wäre.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, daß § 139 I ZPO in eine Muß-Vorschrift umgewandelt wurde.⁵⁰ Dies brachte nur eine Verschärfung der Fürsorgepflicht des Richters. Für die Frage der Sachverhaltsermittlung ist dies ohne Belang. Eine solche könnte auch über eine Ermessensvorschrift gewährt werden.

Aus dem Vorgenannten folgt, daß § 139 I ZPO die Parteiherrschaft nicht durchbricht, ja sie gar nicht berührt. Vielmehr wird die Verhandlungsmaxime gerade dadurch bestätigt.⁵¹ Das Gericht darf und muß zwar fragen, doch bleibt es den Parteien überlassen, ob und welche Tatsachen Prozeßstoff werden sollen.⁵² Insoweit ist die Vorschrift allein Mittel zu richterlicher Prozeßleitung. Wollte man eine richterliche Aufklärungspflicht aus ihr ablesen, wäre die Norm entweder überflüssig (der Richter könnte dann ohnehin um weitere Erläuterung nachsuchen) oder falsch formuliert.⁵³

Das gewonnene Ergebnis wird weiterhin durch eine Reihe von Vorschriften bestätigt (vgl. §§ 130 Nr. 3, 286 I 1, 188, 189, 313 I Nr. 3, 331 I, 359 Nr. 1, 542, 622 ZPO);⁵⁴ allen diesen liegt zugrunde,⁵⁵ daß nur von einer Partei behauptete Tatsachen verwertbar sind.

(3) Verhandlungswürdigung bei unterbliebener Aufklärung?

Die freie Würdigung der Weigerung, eine richterliche Frage zu beantworten,⁵⁶ findet im Gesetz keine unmittelbare Stütze. So

statuiert § 139 ZPO keinen Zwang zu vollständiger Erklärung. Die Formulierung "dahin zu wirken" impliziert gerade, daß die letzte Entscheidung, ob die verlangte Aufklärung gegeben wird, bei den Parteien liegt.⁵⁷ Bestünde eine Pflicht, müßte die Formulierung wohl eher lauten, die Parteien haben sich auf Fragen des Gerichts vollständig zu erklären.

Jedoch auch die Würdigung einer unterlassenen oder unvollständigen (Wer beurteilt übrigens, ob eine Antwort erschöpfend gegeben wurde?) Antwort gem. § 286 ZPO kann nicht aus dem Dilemma helfen. So will aber Endemann⁵⁸ in der Tat vorgehen. Die freie Beweiswürdigung - oder besser freie Verhandlungswürdigung - des § 259 RCPO (1877) (= § 286 ZPO n. F.) solle sich "auf den gesamten Inhalt der Verhandlung und das Ergebnis einer Beweisaufnahme"⁵⁹ beziehen. "Aus dieser Nebeneinanderstellung" erhele, "daß eben nicht blos die stattgebende Beweisführung und Beweisaufnahme, sondern Alles, was die Parteien in dem Prozeß thun, Beweisgrund sein kann Unmöglich" sei es, "dem auf freie Überzeugung gestellten Richter" zu versagen, "auch den Eindruck zu verwerthen, den ihm die Verhandlung darbietet."⁶⁰

Die Aussage Endemanns verweist auf ein allgemeines Prinzip, versteht man sie allein dahin, daß der Richter die tatbestandlichen Voraussetzungen der Klage, deren Schlüssigkeit und die Beweisbedürftigkeit einzelner Punkte prüfen müsse. Jedoch erschöpft sie sich darin nicht, wenn Endemann in allem "was die Parteien im Prozeß thun"⁶¹ - zu ergänzen bleibt wohl auch unterlassen - einen Beweisgrund sehen will. Damit wird jegliches Parteiverhalten im Prozeß der richterlichen Würdigung unterstellt. So könnte möglicherweise aus dem Schweigen auf eine richterliche Frage ein nachteiliger Schluß zuungunsten der befragten Partei dergestalt gezogen werden, sie verschweige etwas. Aus Stottern und Erröten, wie überhaupt aus dem gesamten Verhandlungsgeschehen könnte auf die Wahrheit oder Unwahrheit ihrer

Behauptung geschlossen werden, zumindest im Zusammenhang mit weiteren Anhaltspunkten, wie z. B. einem Beweisergebnis, daß für sich gesehen noch nicht ausreicht, um darauf eine richterliche Überzeugung zu gründen. Eine solch weite richterliche Macht muß auf den ersten Blick befremden.

Davon zu unterscheiden ist Stürners Ansicht von einer prozessualen Aufklärungspflicht beider Parteien, deren Verletzung eine der Partei ungünstige Fiktion betreffend die aufzuklärenden Umstände nach sich ziehen soll.⁶² Der Bezug dieser Aufklärungspflicht ist nicht das Gericht, sondern die andere Partei. Stürners Ansicht führt unter bestimmten Voraussetzungen⁶³ zu einer Minderung der Substantiierungslast der risikobelasteten Partei unter Überbürdung der weitergehenden Aufklärung auf die nicht risikobelastete. Er vertritt jedoch nicht, das Gericht könne nach freiem Ermessen weitere Aufklärung - auch von der beweisbelasteten Partei - verlangen. Eine Annäherung erfährt diese Ansicht nur bei der Frage der Plausibilitätskontrolle.⁶⁴

Solche Anschauung ist aber der heutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht fremd. Als Beispiel sei eine Entscheidung des BGH⁶⁵ angeführt:

Die klagende Bank verlangt vom Beklagten die Begleichung seines Debet-Saldos in Höhe von 40.000,-- DM. Dieser wendet sich gegen die Höhe des Forderungsbetrages. Er bringt vor, der Inhaber der Bank habe ihm auf Grund einer telefonischen Vereinbarung eine Gutschrift von 27.500,-- DM erteilt.

Der Beklagte wurde antragsgemäß verurteilt. Seinen Gegenvortrag hielt man mangels genauerer Substantiierung, betreffend die Umstände der Vereinbarung, für unbeachtlich. Des weiteren sei es völlig unüblich, daß im Bankverkehr Gutschriften dieser Höhe nicht schriftlich erteilt würden.⁶⁶

Man kann sich über dieses Ergebnis eigentlich nur wundern. Prozessuales Vorbringen einer Partei wird nicht in Betracht gezogen, weil diese sich nicht über Tag und Uhrzeit eines Telefongesprächs äußern will oder nicht kann, wenn bis zur Klageerhebung einige Zeit verstrichen ist. Vor allem, der Vortrag wird trotz seiner Erheblichkeit nicht berücksichtigt, obwohl er für sich gesehen geeignet ist, den Klageanspruch teilweise zu vernichten. Der genaue Zeitpunkt spielt hierfür jedenfalls keine Rolle. Vorgeschützt wird zwar noch das Argument der Unüblichkeit. Dieses kann aber nur als fadenscheinig bezeichnet wer-

den. Unbeachtet bleiben hier doch die Ausnahmen, die die unbewiesen zugrundegelegte Regel bestätigen. Dieses Vorgehen wiegt umso schwerer, als es keine Mühe gemacht hätte, sich von der Wahrheit der Behauptung des Beklagten durch Vernehmung des Bankinhabers zu überzeugen.

Die Lösung, inwieweit aus dem Parteiverhalten Schlüsse gezogen werden können, folgt aus dem Verständnis von § 286 ZPO. Die Richtung der Untersuchung hat Endemann bereits gewiesen, wenn er in jedem Verhalten im Prozeß einen "Beweisgrund" sehen will.⁶⁷

Zwei Begriffe sind bei der Verhandlungs- und Beweiswürdigung zu unterscheiden, nämlich Beweiswert und Beweisgrund. Ersterer bedeutet die Fähigkeit eines Beweismittels, auf die richterliche Überzeugung Einfluß nehmen zu können.⁶⁸ Letzterer erfaßt die aus Beweisaufnahme und Verhandlung geschöpften Umstände, die das Gericht als wahr anerkennt und auf die es seine Überzeugung hinsichtlich der beweisbedürftigen Tatsachen aufbaut; anders ausgedrückt: darunter sind "die Gründe, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind",⁶⁹ zu verstehen.

Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht ist kein Beweismittel. Sie ist Mittel zur Prozeßleitung.⁷⁰ Das Gericht soll versuchen, eine umfassende Tatsachengrundlage für ein späteres Urteil zu erlangen. Die vorgetragenen Tatsachen bedürfen eventuell selbst noch des Beweises. Dem Ergebnis der Befragung kann kein Beweiswert, u. U. aber ein Beweisgrund zukommen. Insoweit ist Endemann noch beizupflichten. Doch stellt sich die weitere Frage, ob dies für jegliches Parteiverhalten im Zusammenhang mit der richterlichen Befragung gilt. Geht die Verhandlungswürdigung so weit, daß die innere Wahrscheinlichkeit des Parteivortrags und sogar das Verhalten der Parteien bei der Beantwortung gewürdigt werden darf? Eine Antwort darauf läßt sich nur aus dem Wechselspiel von Beweis- und Verhandlungswürdigung,

sowie aus dem Sinn der Vorschrift des § 139 ZPO gewinnen. Drei Aussagen belegen, daß nur der Inhalt des Parteivortrags und der Antwort auf die Fragen des Gerichts der freien Würdigung nach § 286 ZPO unterliegen:

Ausgangspunkt ist die sich ergänzende Funktion von Verhandlungs- und Beweiswürdigung. § 286 ZPO nennt den Inhalt der Verhandlung, sowie das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme. Letztere findet regelmäßig nur über einzelne seitherhebliche Punkte statt und vermittelt daher nicht den gesamten entscheidungserheblichen Streitstoff. Die zu beweisenden bzw. bewiesenen Tatsachen können dann auch nicht isoliert vom sonstigen Verhandlungsinhalt betrachtet werden, will man die Beweiswürdigung nicht aus dem Gesamtzusammenhang, dessen Rahmen auch der entsprechende Parteivortrag bildet, herausreißen. Eine zuverlässige Würdigung muß auf beides, das Beweisergebnis und den Verhandlungsinhalt, abstellen.⁷¹

Bei der Verhandlungswürdigung kommt es als zweites, anders als bei der Beweiswürdigung, nicht auf die persönliche Glaubwürdigkeit der Partei an. Bei der Beweiswürdigung steht die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen oder - im Falle der Parteivernehmung - der Partei im Vordergrund.⁷² Allein die Bestätigung oder Widerlegung einer Behauptung im Wege der Beweiserhebung ist die (Un-) Wahrheit derselben noch nicht erwiesen. Das Gericht muß vielmehr vom Beweisergebnis überzeugt sein. Die Überzeugungsbildung im Wege der Beweiswürdigung muß auf das Beweisergebnis, die Art und Weise der Aussage - klarer und flüssiger Vortrag, Widerspruchsfreiheit, um nur einige Kriterien zu nennen -, sowie auf das persönliche Interesse der Beweisperson am Prozeßausgang abheben. Dem Zeugen bzw. der bei Parteivernehmung aussagenden Partei, kommt damit Beweiswert zu.⁷³ Anderes gilt bei der ergänzenden Verhandlungswürdigung. Hier ist lediglich auf den Inhalt des Vortrags der Parteien abzustellen. Alle auf Glaubwürdigkeit abstellenden Gesichtspunkte sind auszublenden.⁷⁴

Die Vorschrift des § 286 ZPO beschränkt ihrem Wortlaut zufolge die Verhandlungswürdigung allein auf den Parteivortrag. Die zu würdigenden Punkte müssen entweder unstreitig oder durch Beweisaufnahme festgestellt sein. Ist beides nicht der Fall, kann allenfalls ein Anscheinsbeweis eingreifen oder es findet eine Beweislastentscheidung statt. In diesem Sinne ist auch die Bemerkung Schwabs⁷⁵ zu verstehen, wenn er ausführt, das Gericht könne "auch aus den Behauptungen der Parteien, ihrem Inhalt und der Art, wie sie aufgestellt sind" Schlüsse ziehen. Dies trifft, bezogen auf den Vortrag als solchen, zu. Die Schlüssigkeit oder Lückenhaftigkeit des Parteivortrags kann durchaus Berücksichtigung finden. Auch eine verzögerliche Ergänzung eines lückenhaften Vortrags stelle ein für die Verhandlungswürdigung verwertbares Indiz dar. Dieses Verhalten ist untrennbar mit dem ergänzenden Vortrag verbunden und damit nachprüfbarer Verhandlungsinhalt geworden. Anderes gilt aber, wenn gerichtliche Fragen nicht beantwortet werden. Der Grund einer derartigen Weigerung wird kein Inhalt der Verhandlung i. S. § 286 ZPO. Den Gründen des Schweigens kommt kein Beweisgrund zu.

Allerdings darf der persönliche Eindruck von der Partei bei der "inneren Wahrscheinlichkeit" des Parteivortrags berücksichtigt werden.⁷⁶ Hier wird aber nicht auf die Person des Behauptenden, sondern ebenfalls auf den Vortrag als solchen abgestellt; die sich aus ihm ergebende Wahrscheinlichkeit wird hinterfragt.

Die dritte Aussage bestätigt das Vorstehende aus der Struktur des Zivilverfahrens. Der Richter darf unstreitiges Vorbringen grundsätzlich nicht bezweifeln oder hat es als richtig zu unterstellen. Anderes mag gelten, wenn offenkundige Tatsachen inmitten stehen.⁷⁷ Unser Zivilverfahren läßt ein non liquet zu. Streitige Tatsachen müssen nicht notwendig aufgeklärt werden um eine Entscheidung zu treffen. Das Risiko der Unaufklärbarkeit geht dann zu Lasten der darlegungs- und beweispflichtigen Partei. Könnte der Richter aber eine Glaubwürdigkeitsprüfung anstellen, so bildeten die Fälle eines non liquet eine verschwindend

geringe Ausnahme. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Partei auf Grund ihres Vortrags stünde dann wohl im Vordergrund. Der "Kampf ums Recht",⁷⁸ den man in diesem Punkt gerade einschränken wollte, bräche dann umso stärker durch, muß eine Partei gewärtigen, bereits bei kleinen Ungeschicklichkeiten als unglaubwürdig angesehen zu werden.

§ 139 I ZPO ist nach Sinn und Zweck nicht auf eine unmittelbare Überzeugungsbildung des Gerichts angelegt. Allein eine Verständigung, kein Beweis irgendwelcher Tatsachen soll mit dieser Vorschrift erreicht werden. Die grundsätzliche Verteilung der Mitwirkungsbeiträge von Parteien wird dadurch nicht berührt.⁷⁹

Das Gericht kann also über § 139 ZPO nicht das Parteiverhalten würdigen. Gegen deren Willen können keine neuen Tatsachen in den Prozeß eingeführt werden.⁸⁰ Lediglich der Inhalt des Vortrags und das unmittelbar im Zusammenhang stehende Verhalten unterliegt einer richterlichen Würdigung.⁸¹ Einzige richterliche Reaktion auf die Verweigerung einer Antwort ist die Klageabweisung oder Klagestattgabe, je nachdem, welche Partei Aufklärung schuldete und, ob ein klagebegründender oder ein klagevernichtender Umstand nicht ausreichend substantiiert ist, oder die Präklusion verspäteter Ergänzungen.⁸²

Mit diesem Verständnis ist gleichzeitig einer unkontrollierbaren Glaubwürdigkeitsprüfung durch den Richter vorgebeugt. Vorwürfe gegen eine Partei, sich ungeschickt verhalten zu haben, werden so vermieden. Die Partei wird als Gesprächspartner anerkannt;⁸³ sie ist nicht bloßes Beweisobjekt des Gerichts,⁸⁴ was der Menschenwürde widerspräche.⁸⁵

(4) Freie Verteilung von Aufklärungsbeiträgen

Das Vorstehende gilt umso mehr für die freie Verteilung von Aufklärungsbeiträgen.⁸⁶ Diese freie Ermessensentscheidung ist

nicht mit der geltenden Rechtslage zu vereinbaren, die eine abstrakt generelle Regelung zur Verteilung der Beweislast erfordert.⁸⁷

Könnte die Aufklärungslast frei verteilt werden, leistete man der Rechtsunsicherheit Vorschub. Eine unbegrenzte Last der Parteien wäre geschaffen, der Prozeßausgang bliebe völlig offen und unkalkulierbar.⁸⁸ Eine Partei könnte solchenfalls nur dann einen Prozeß führen, wenn sie gegebenenfalls in der Lage wäre, den gesamten entscheidungserheblichen Sachverhalt zu belegen.

Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht legt eine solche Möglichkeit nicht nahe. § 139 I ZPO ist eine Muß-Vorschrift. Diese gerichtliche Pflicht würde aber nicht verwirklicht, könnten die Aufklärungsbeiträge frei verteilt werden; es bliebe beim richterlichen "können".⁸⁹ Der Prozeßausgang hinge davon ab, ob und inwieweit das Gericht von der Vorschrift des § 139 I ZPO Gebrauch macht.⁹⁰ Dies wäre nicht nur ein unbefriedigendes Ergebnis,⁹¹ sondern widerspräche auch Art. 20 III GG. Das Rechtsstaatsgebot⁹² erfordert Vorhersehbarkeit staatlichen, wie auch gerichtlichen⁹³ Handelns.⁹⁴ Gefordert wird damit Klarheit und Stabilität der materiellen Rechtsordnung wie auch formelle Rechtssicherheit.⁹⁵ Der einzelne muß "sein Pech" im geordneten und überschaubaren Verfahren suchen und die Aussichten der Rechtsfolgen überblicken können⁹⁶ (Orientierungsgewißheit bei der Realisierung privater Rechte).

Eine freie Verteilung von Aufklärungsbeiträgen führte des weiteren dazu, daß sich der Richter an die Stelle des Gesetzgebers setzte. Die Verteilung der Aufklärungslast und damit die ständige Ergänzung der Anspruchsnormen führte in der Praxis wohl bald zu einer richterrechtlichen Verfestigung und somit wieder zu einer abstrakt - generellen Regelung der Beweislast.⁹⁷

Fazit: § 139 I ZPO entspricht den Anforderungen eines sozialen Rechtsstaates. Mit ihm soll die Waffengleichheit der Parteien hergestellt werden. Das Gericht hilft lediglich bei der Zweckmäßigkeit der Rechtsverfolgung.¹⁰⁰ Entscheidet sich eine Partei in Kenntnis des Rechts und der Verfahrensfolgen, eine Tat-

sache nicht vorzubringen oder nicht unter Beweis zu stellen, so tastet § 139 ZPO diese Freiheit nicht an. Die Verhandlungsmaxime wird damit nicht durchbrochen,⁹⁹ oder in den Konsequenzen abgeschwächt,¹⁰⁰ sondern durch § 139 ZPO gerade bestätigt.

2) Anordnung des persönlichen Erscheinens (§ 141 ZPO).

Diese Vorschrift gibt dem Gericht die Befugnis, zur Klärung des Sachverhalts das persönliche Erscheinen einer oder beider Parteien anzuordnen.

Die Regelung geht auf die interrogatio ad clarificandum des kanonischen Rechts zurück. Sie fand bereits in § 132 RCPO (1877) ihren Niederschlag. Die ursprüngliche Kann-Vorschrift litt aber am Nachteil, daß die Anwälte die Pflicht hatten, die Anordnung zu überbringen, was sehr oft vernachlässigt wurde.¹⁰¹ Darin sah man ein "Mißtrauensvotum gegen die Geschicklichkeit oder Redlichkeit der Anwälte."¹⁰² Folge davon war die Einführung der amtsweiligen Ladung und Zustellung mit der Novelle 1909, unter Schaffung der Vorschrift des § 141 ZPO. Schließlich wurde 1924 ein unentschuldigtes Ausbleiben der Parteien durch den neu geschaffenen § 141 III ZPO sanktioniert.¹⁰³

Vor allem in der letzten Neuerung sah Goldschmidt¹⁰⁴ den Ausdruck der Untersuchungsmaxime. Das Gericht könne nun das Nichterscheinen, sowie im Falle des Erscheinens die Antworten, die Verweigerung derselben, wie auch den persönlichen Eindruck frei würdigen.¹⁰⁵ Eine Anordnung gem. § 141 ZPO stelle eine Beweisanordnung im weiteren Sinne dar;¹⁰⁶ die Parteien seien damit Beweismittel im weiteren Sinn,¹⁰⁷ also dienende Prozeßobjekte.¹⁰⁸

Die Auffassung von einer Durchbrechung der Parteiherrschaft ist vor dem Hintergrund des Streits um die Rechtsnatur der Parteiaussage zu sehen. Nach der liberalen Prozeßauffassung des 19. Jahrhunderts diente die Parteiaussage dazu, dem Gericht einen bestimmten Willen zu unterbreiten. Die Erklär-

rungen wurden als reine Willenserklärungen ohne jeden Beweiswert betrachtet.¹⁰⁹ Die Partei war Herr des Verfahrens, die dem Gericht ihren, in einem unklaren Vorbringen nicht deutlich hervortretenden Willen erläuterte. Mit diesem Verständnis des § 141 ZPO mußte die Erscheinspflicht mit der Folge freier Würdigung des Nichterscheins in Widerspruch stehen. Eine solche Würdigung war nur dort möglich, wo der erstrebten Erklärung Beweisfunktion zukam.¹¹⁰ Dann aber war die Parteierklärung nicht mehr Willenserklärung, sondern nur Wissenserklärung.

Nach dem heute vorherrschenden Verständnis ist die Parteianhörung kein Beweismittel. Sie ist scharf von der Parteivernehmung zu unterscheiden;¹¹¹ sie dient der bloßen Informationsbeschaffung des Gerichts.¹¹² Dies erhellt jedoch nicht, weshalb eine freie Würdigung des Nichterscheins gem. § 286 ZPO möglich sein soll.¹¹³

Das Verständnis von § 141 ZPO erklärt sich aus der Stellung dieser Vorschrift im Gesetz und ihrem Verhältnis zu § 139 ZPO. Zweck dieser Regelung ist eine unmittelbare Erörterung des Streitstoffes mit denen, die darüber am besten Bescheid wissen, den Parteien.¹¹⁴ Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht wird damit für gewisse komplexe und schwierige Punkte ergänzt.¹¹⁵ Die Parteien können eventuell auftretende Unklarheiten i. d. R. selbst schneller und besser als ihre Anwälte ausräumen. Verzögerungen durch Rückfragen werden vermieden. Dies weist aber darauf hin, daß auch hier die Grenzen der Würdigung des Parteiverhaltens wie bei § 139 ZPO einzuhalten sind.¹¹⁶

Mit der Befugnis, die Anwesenheit einer oder beider Parteien anzuordnen, um aufklärungsbedürftige Punkte zu erhellen und richtigstellen, ist nicht gesagt, daß sich das Gericht nur an den vorgebrachten Tatsachenvortrag halten muß.¹¹⁷ Auch bei der Parteibefragung kann es sich ein umfassendes Bild vom Par-

teistreit beschaffen.¹¹⁸ So kann z. B. prozeßverzögerndes Verhalten der Partei bei der Überzeugungsbildung berücksichtigt werden. Eine Würdigung einer verweigerten Antwort ist hingegen nicht möglich. Denn mit einer Nichtbeantwortung einer Frage ist noch nicht gesagt, daß die Partei erheblichen Streitstoff verschweigt und deshalb unglaubwürdig ist. Sie kann durchaus bereits alles, was ihr bekannt ist, vorgebracht haben. Auch der Eindruck, daß sie etwas verschweige, kann trügen. Die Anordnung persönlichen Erscheinens dient allein der Sachverhaltsklärung.¹¹⁹

Betont man aus dieser Natur mit § 141 ZPO dürften nicht die Grenzen der Parteianhörung umgangen werden,¹²⁰ so kann das Verhalten der Parteien nicht gem. § 286 ZPO gewürdigt werden.¹²¹ Damit würden sie gerade zum Beweismittel, obwohl ihnen kein Beweisgrund zukommt.¹²²

Auf die Natur einer eventuellen Parteiaufklärung - ob Willens-¹²³ oder Wissenserklärung¹²⁴ - kommt es dabei nicht an. Der Streit dürfte mit Einführung einer prozessualen Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) ohnehin gegenstandslos sein. Denn diese ist, worauf Brehm¹²⁵ zutreffend hinweist, nur verständlich, wenn die Antworten der Parteien auch auf Wahrheit überprüfbare Wissenserklärungen sind. Es sind aber Willens- und Wissenselemente darin vereint.¹²⁶ In der Mitteilung des Wissens durch die Partei liegt gleichzeitig der Wille, daß die mitgeteilten Tatsachen Urteilsgrundlage werden.

Damit ist auch die Auffassung Polyzogopoulos¹²⁷ abzulehnen, der der Parteianhörung gegenüber der Parteivernehmung nur eine Ergänzungsfunktion zumißt. Das Gericht könne alle Umstände, auch Parteiverhalten und persönlichen Eindruck bei der Überzeugungsbildung im Zusammenhang mit der Parteianhörung verwerten. Er versteht die Verhandlungs- und Beweiswürdigung des § 286 ZPO summarisch. Grundsätzlich seien bestrittene Behauptungen im förmlichen Verfahren zu beweisen; bloße Parteibehauptungen genügten nicht. Die Verhandlungswürdigung bedeute, daß das Gericht das Verhalten der Parteien bei der Beweiswürdigung mit berücksichtigen könne. Aus ihr könnten sich Hinweise hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Beweismittel und der Wahrscheinlich-

keit von Parteibehauptungen ergeben. Letztlich schließt er aus dem Parteiverhalten auf die Glaubwürdigkeit.¹²⁸

Dieser Meinung ist zwar zuzugehen, daß die Gesetzesmaterialien¹²⁹ den gesetzgeberischen Willen erkennen lassen, die Parteien im Wege des § 141 I ZPO als "eigenständige Aufklärungsinstrumente"¹³⁰ zu benutzen. Auch ist richtig, daß die Praxis der begrifflichen Unterscheidung von Parteienanhörung und Parteivernehmung nicht immer die notwendige Beachtung geschenkt hat.¹³¹ Doch hat dieser gesetzgeberische Wille in der ZPO selbst keinen (ausdrücklichen) Niederschlag gefunden. Der unterschiedliche Wortlaut von § 141 I ZPO und § 448 ZPO verbietet daher auch dessen Heranziehung zur Auslegung. Andererseits mögen die Bedenken der Praxis, die zur Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 141 I ZPO geführt haben, durchaus verständlich sein. Doch entbehrt diese Argumentation der Überzeugungskraft und ist auch in sich unstimmig. § 286 ZPO gibt keinen Anhaltspunkt für eine summarische Behandlung von Verhandlungs- und Beweiswürdigung. Diese Vorschrift spricht nur von einer etwaigen Beweisaufnahme. Eine Verhandlungswürdigung i. S. § 286 ZPO muß aber auch dann erfolgen können, wenn keine Beweisaufnahme erfolgt ist.¹³² Auch ist es ungereimt, einerseits das Parteiverhalten bei Anhörung als Grundlage der Wahrheitsfeststellung zu machen, es andererseits aber anzulehnen, darauf Feststellungen gründen zu können.¹³³ Vom Ausgangspunkt Polyzogopoulos¹³⁴ muß dies umso mehr befremden, als er eine Trennung zwischen Parteivernehmung und Parteienanhörung als im Ansatz verfehlt sieht. Diese Annahme würde es nahelegen, auf Grund einer glaubwürdigen Parteidarstellung zur Überzeugung der Richtigkeit einer Tatsache gelangen zu können, ja, einen wenig glaubwürdigen Zeugen damit zu widerlegen.¹³⁵

Eine Würdigung des Parteiverhaltens - sei es eine unglaubliche Auskunft oder gar ein Nichterscheinen - ist also dem

Gericht entzogen. Die Parteianhörung ist kein Beweismittel.¹³⁶ Es bleibt bei Nichterscheinen bzw. einer verweigerten Auskunft auch hier allein die gesetzliche Folge der Klageabweisung bzw. -stattgabe, je nachdem, ob eine klagebegründende oder -vernichtende Tatsache ungeklärt bleibt. Insbesondere darf auch hier nicht die Behauptungs- und Beweisverteilung umgangen werden.¹³⁷

Nur mit diesem Verständnis ist die Prozeßpartei nicht allein "dienendes Prozeßobjekt",¹³⁸ sondern bleibt Subjekt. Die Menschenwürde (Art. 1 I GG) wird nicht angetastet.

§ 141 ZPO berührt die Verhandlungsmaxime nicht.¹³⁹ Die Parteifreiheit bleibt unangetastet. Allein die Parteien entscheiden über die Einführung einzelner Tatsachen; der Richter kann nicht selbst ermitteln; allenfalls kann er die prozessuale Folgerung aus dem unvollständigen Vortrag ziehen. Diese Möglichkeit böte aber auch ein Zivilverfahren ohne eine § 141 I ZPO entsprechende Vorschrift.

3) Urkunden- und Aktenvorlegung (§§ 142, 143 ZPO)

Nach §§ 142, 143 ZPO kann das Gericht die Vorlage von Urkunden, Plänen, Rissen, Akten u. ä. verlangen. Die Vorschriften dienen der Ergänzung der richterlichen Frage- und Erörterungspflicht.¹⁴⁰ Diese genügt in einigen Fällen nicht, um eine ausreichende Sachverhaltsklärung in plastischer Form zu erzielen. So kann der Inhalt eines streitigen Briefwechsels am besten durch Vorlage der Briefe geklärt werden.¹⁴¹ Der Richter gewinnt so den unmittelbaren Eindruck, der ihm durch bloßes Befragen in aller Regel versagt wäre.

Die Vorschriften des § 142, 143 ZPO entsprechen §§ 127, 128 ERCPO (1877). Die heute gültige Fassung brachte nur ge-

ringe - zumeist sprachliche - Neuerungen. Seit 1927 existieren die Vorschriften in der jetzt bestehenden Fassung.

Das Gericht kann durch Beschluß oder Verfügung die Vorlage der erwähnten Unterlagen von der Partei verlangen, die sie in Händen hat. Mit Hilfe dieser Normierung wird eine Beweisobliegenheit einer Partei umgangen. Die Urkundenvorlage dient Beweis Zwecken. Erforderlich ist zwar eine Anordnung zur Aufklärung eines streitigen Sachverhalts. Doch ist - entgegen dem Wortlaut von § 142 I ZPO - eine Bezugnahme einer Partei auf die betreffenden Schriftstücke nicht notwendig. § 273 II Nr. 1 ZPO geht als Sonderregelung¹⁴² vor, wonach eine Vorlegungsanordnung auch dann ergehen kann, wenn keine Partei sich auf die Urkunde berufen hat.¹⁴³

Angesichts dessen besteht eine Diskrepanz zur Verhandlungsmaxime, nach der zufolge unserer Begriffserklärung¹⁴⁴ die Parteien den Beweis der streitigen Tatsachen antreten. Eine Durchbrechung, Ausnahme, Modifizierung, Ergänzung oder Überlagerung dieses Grundsatzes wird daher allgemein eingeräumt.¹⁴⁵ Es bleibt nur die Frage des richtigen Verständnisses der Regelung, um zu klären, inwieweit die Parteiherrschaft beeinträchtigt ist.

Verwunderlich ist es, wenn ohne weitere Begründung behauptet wird, der Richter könne damit "jedwede Aufklärung betreiben"¹⁴⁶ oder er könne von sich aus Streitstoff ins Verfahren einführen.¹⁴⁷ Die entscheidende Frage, die diesen Behauptungen vorgehen muß ist, welche Befugnisse das Gericht aus § 142 ZPO hat. Anders ausgedrückt: Wann kann das Gericht Urkundenvorlegung verlangen und wann muß dies geschehen (nachfolgend a)). Daran anschließend ist die Konsequenz zu erfragen, was geschieht, wenn der Anordnung nicht nachgekommen wird (nachfolgend b)).

a) Verlangen der Urkundenvorlegung

Die Anordnung der Urkunden- oder Aktenvorlegung ist Beweismittel (Urkundenbeweis, §§ 415 ff. ZPO). Sie dient dem Nach-

weis der Richtigkeit einer behaupteten streitigen Tatsache. Damit sind zwei Elemente genannt, die von den oben erwähnten Verfechtern einer amtswegigen Aufklärung mißachtet werden. Die beweisbare Tatsache muß beweisbedürftig, d. h. bereits von den Parteien vorgetragen und bestritten sein.¹⁴⁸ Der Richter kann nicht jede durch Urkunden belegbare Tatsache auch gem. § 142 ZPO belegen lassen. Dagegen spricht auch nicht die Annahme, eine solche Beweisanordnung könne bereits vor Eingang einer eventuellen Verteidigungsanzeige des Beklagten ergehen.¹⁴⁹ Über unstreitige Punkte kann kein Beweis erhoben werden. So gesteht auch Hartmann¹⁵⁰, der ein solches Vorgehen für zulässig erachtet, zu, dieses sei unzweckmäßig. Er nimmt für den Fall einer überflüssigen Beweisanordnung die Niederschlagung der Kosten (§ 8 GKG) an.

Der Richter ist zudem nicht verpflichtet, die Beweisaufnahme amtswegig durchzuführen; §§ 142, 143 ZPO räumen ihm ein Ermessen ein ("kann").¹⁵¹ Es ist also durchaus möglich und in der Praxis nicht selten, daß ein Beweistritt der Parteien abgewartet wird.

An dieser Rechtslage hat auch die Vereinfachungsnovelle 1977 nichts geändert.¹⁵² Dem Gericht wurden damit keine weiteren Aufklärungsbefugnisse zugebilligt. Der Wortlaut dieser Vorschriften ist seit 1927 unverändert geblieben. Von einer amtswegigen Stoffsammlung seitens des Gerichts kann somit keine Rede sein.

b) Konsequenz bei Mißachtung der Anordnung

Die Frage nach der Konsequenz im Falle einer Nichtbeibringung der geforderten Unterlagen zeigt deutlich den Unterschied zu §§ 141, 139 ZPO, ein Unterschied, der im Vorliegen eines Beweisverfahrens begründet liegt. Auch hier wird eine Ver-

pflichtung zur Urkundenvorlegung im Sinne einer Erzwingbarkeit verneint.¹⁵³ Jedoch ist die Weigerung nach einer verbreiteten Auffassung gem. § 286 ZPO frei zu würdigen.¹⁵⁴

Dieser Annahme freier Verhandlungswürdigung (eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden) kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Es sind vielmehr zwei Gestaltungsmöglichkeiten zu unterscheiden:¹⁵⁵

- Die Anordnung der Urkundenvorlage diene dem Beweis einer von der verpflichteten Partei vorgetragenen Tatsachenbehauptung.
- Mit Hilfe der Urkunden sollte eine gegnerische Behauptung bewiesen werden.

Beide Fälle sind streng auseinanderzuhalten. Sie folgen in der Behandlung verschiedenen Grundsätzen, können verschiedene Ergebnisse zeitigen.

(1) Die erste Variante weist eine Ähnlichkeit zur Behandlung der §§ 139, 141 ZPO auf. Die Partei erbringt den Beweis einer ihr günstigen Tatsache nicht; sie bleibt beweisfällig. Daraus kann nur ein ihr ungünstiges Prozeßergebnis resultieren. Ihre Weigerung unterfällt nicht der freien Verhandlungswürdigung gem. § 286 ZPO. Dem Prozeßverhalten der Partei kommt kein Beweisgrund zu.¹⁵⁶ Die Urkunde kann gem. § 286 ZPO hinsichtlich ihrer Echtheit¹⁵⁷ gewürdigt werden; sie liegt aber gerade nicht vor. Angesichts dessen fehlt auch die Notwendigkeit, sich aus dem Parteiverhalten eine Überzeugung zu bilden.

(2) Anders ist es - und dies bestätigt das vorher gewonnene Ergebnis -, wenn für den Gegner Beweis erbracht werden soll. Hier gelten die Grundsätze der Beweisvereitelung.¹⁵⁸ Nur für diesen Fall kann das Prozeßverhalten der vorlagepflichtigen Partei im

Prozeß verwertet werden, jedoch auch nicht über § 286 ZPO.¹⁵⁹ Die ZPO stellt in den §§ 444, 427 Sonderregelungen für diesen Fall auf, wo bestimmt ist, daß bei Nichtbeibringung der angeforderten Urkunde der Beweis als für den Gegner erbracht angesehen werden kann (§ 427 ZPO), sofern nicht der Vortrag zu weiteren Zweifeln Anlaß gibt.^{159 a} Dies bedeutet aber, daß die Akten- und Urkundenvorlage kein "exorbitantes Stück der Inquisitionsmaxime"¹⁶⁰ darstellt. Gewiß, eine Ausnahme vom Verhandlungsgrundsatz ist nicht zu verkennen; der Beweisantritt durch die Parteien ist nicht erforderlich. Doch ist auch hier die Parteiherrschaft noch überwiegend gegeben. Neben dem Ermessen des Richters bei einer amtswegigen Beweisaufnahme stellt das Gesetz kein unmittelbares Zwangsmittel zur Verfügung wenn eine Vorlegung verweigert wird. Der Behauptung, der Richter könne "jedwede Aufklärung" betreiben,¹⁶¹ steht die geltende Gesetzeslage entgegen.

4) Sachverständigenbeweis und Augenschein (§ 144 ZPO).

Die Vorschrift des § 144 I ZPO gibt dem Gericht die Befugnis, von Amts wegen den Beweis streitiger Tatsachen durch Sachverständige oder durch Einnahme von Augenschein anzuordnen. Ein Beweisantritt durch die Parteien muß nicht abgewartet werden. So ist es auch hier nicht verwunderlich, daß die Argumente, die bei §§ 142, 143 ZPO zur Durchbrechung der Verhandlungsmaxime angeführt werden, sich hier in ähnlicher Weise wiederholen.¹⁶²

Der richterliche Augenschein ist wie die Sachverständigenbegutachtung ein Beweismittel.¹⁶³ Den richtigen Ort im Gesetz soll beides aber unter den richterlichen Amtspflichten haben.¹⁶⁴ Gestützt wird diese Meinung auf die Begründung zur ZPO,¹⁶⁵ wo beide Beweismittel zu den richterlichen Obliegenheiten gezählt werden, um eine tragfähige Entscheidungsgrundlage zu schaffen.¹⁶⁶

Schon früher wurden diese Beweismittel als "erhebliche Beimischung von Officialcharakter"¹⁶⁷ bzw. als "Durchbrechung der Verhandlungsmaxime"¹⁶⁸ angesehen. Einen Schritt weiter gehen neuere Stimmen,¹⁶⁹ wonach eine amtswegige Tatsachenermittlung - insbesondere durch Augenschein - möglich sein soll. Dies gelte selbst dann, wenn sich der Richter von unstrittigem Vorbringen eine Überzeugung bilden will.¹⁷⁰ Die Nichtzulassung eines bloßen Informationsaugenscheins¹⁷¹ wird als "unheilvoller Einfluß der Verhandlungsmaxime, welche dem Richter jede selbständige Ermittlung verbietet", angesehen.¹⁷² Mit dem Augenschein könnten weitere förmliche Beweisaufnahmen, z. B. durch Zeugen oder durch Parteivernehmung, überflüssig gemacht werden.¹⁷³ Letztlich diene dies dem Verfahren und der Wahrheitsfindung. Damit würden dem Richter nur Rechte zugestanden, die in Anknüpfung an gemeinrechtliche Tradition Bestand hätten.¹⁷⁴

Demgegenüber meint Zettel,¹⁷⁵ dem Gericht sei zwar amtswegige Beweisaufnahme gestattet, die zutagegetretenen Tatsachen dürften aber nur über § 139 ZPO eingeführt werden.

Der vorgenannten vom gewünschten Ergebnis her argumentierenden Auffassung ist zwar zuzugeben, daß eine Ausnahme vom Verhandlungsgrundsatz vorliegt, soweit ein Beweisantritt der Parteien nicht abgewartet wird. Jedoch besteht eine bloße Befugnis des Gerichts zur Beweisaufnahme, keine Verpflichtung.¹⁷⁶ Auch eine weitere Beschränkung für die amtswegige Beweisaufnahme ist zu beachten: Nicht nur die Beweisbedürftigkeit beschränkt den Richter in seiner "Aufklärungstätigkeit", sondern auch die Beweislast. Über diese kann sich das Gericht nicht ohne weiteres hinwegsetzen, wenn der Hauptbeweis einer beweisbedürftigen Tatsache mißglückt ist. Ein "hinter die Kulissen sehen"¹⁷⁷ mit der Intention, Aufklärung um jeden Preis zu erreichen, bleibt versagt.

Schief ist auch Zettels¹⁷⁸ Meinung, ein überschießendes Beweisergebnis könne über § 139 ZPO eingeführt werden. Ein überschießendes Beweisergebnis, d. h. neue Tatsachen, die erst bei Beweisaufnahme zutagegetreten sind, finden erst Berücksichtigung, wenn sich eine Partei diese zueigen macht.¹⁷⁹ Entgegen Weyers¹⁸⁰ bedeutet dies keine Verbeugung vor der Verhandlungsmaxime. Es wird nur der Struktur unseres Zivilverfahrens Rechnung getragen, die auf Behauptung und Gegenbehauptung abstellt. Nur Parteibehauptungen können Urteilsgrundlage werden; ein freies Recherchieren des Richters ist abzulehnen.¹⁸¹

Zettels¹⁸² Irrtum wird von ihm selbst aufgedeckt.¹⁸³ Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht kann durchaus zu neuen Tatsachenbehauptungen der Parteien führen. Diese sind aber nicht erzwingbar. Wenn die Parteien auf den Hinweis eines überschießenden Beweisergebnisses schweigen, scheidet eine Würdigung des Parteiverhaltens aus.

Der Verweigerung der Beweisführung (z. B. Weigerung der Beibringung des Augenscheinsobjekts; Verweigerung des Zutritts eines Sachverständigen zu dem zu begutachtenden Grundstück)¹⁸⁴ kommt kein Beweiswert zu.¹⁸⁵ Die Partei bleibt schlicht beweisfällig. Bei Vereitelung des gegnerischen Beweisantritts sind die Regeln der §§ 427, 444 ZPO anzuwenden.¹⁸⁶ Auch hier liegt zwar eine Ausnahme von der Verhandlungsmaxime vor, soweit der Beweisantritt entbehrlich ist. Jedoch steht dem Gericht keine Möglichkeit zu eigener Tatsachenermittlung zu. Die Parteifreiheit wird auch hier weitgehend gewahrt.

5) Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO)

Als weitere Durchbrechung der Verhandlungsmaxime wird die Parteivernehmung angeführt. Deren amtswegige Anordnung (§ 448 ZPO) soll eine Mißachtung der Parteiherrschaft im Zivilprozeß bedingen.

Die Parteivernehmung ist ein Produkt der neueren Zeit. Im gemeinen Prozeß kannte man nur den Parteieid. Danach konnte einer Partei ein Eid über die streitige Tatsache zugeschoben oder auferlegt werden, wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausreichte, um eine abschließende Überzeugung von deren Vorliegen zu gewinnen.¹⁸⁷ Diese Rechtslage fand noch in § 437 RCPO (1877) ihren Ausdruck. Die Übernahme dieser Regelung erfolgte, um dem Gericht ein letztes Mittel zur Wahrheitserforschung zu geben.¹⁸⁸ Mit der Novelle vom 27.10.1933 wurde der Parteieid durch die Parteivernehmung in Anlehnung an §§ 371 ff. ÖZPO ersetzt.¹⁸⁹

Die Parteivernehmung ist als vollwertiges Beweismittel ausgestaltet. Während der Vernehmung ist jede Prozeßhandlung der Partei, z. B. ein Geständnis, ausgeschlossen. Die Partei wird als reines Beweismittel betrachtet, woraus der Unterschied zu § 141 ZPO folgt. Dort wird die Partei informatorisch befragt. Sie kann nebenbei aber Prozeßhandlungen vornehmen; ihrer Antwort bei der Befragung kommt jedoch keine Beweiskraft zu.¹⁹⁰

Die Parteivernehmung ist ein subsidiäres Beweismittel,¹⁹¹ mit nur geringer Beweiskraft. Ist der Beweis bezüglich bestimmter Tatsachen noch nicht voll erbracht, kann sie auch von Amts wegen angeordnet werden (§ 448 ZPO). Wie beim Parteieid muß eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die eine oder andere Tatsachebehauptung bestehen.¹⁹² Das Beweisergebnis darf in allen diesen Fällen nach Ausschöpfen weiterer Beweismittel nur ergänzt werden.¹⁹³ Intention dieser Gesetzesregelung ist, daß eine Partei, die im Prozeß der Wahrheitspflicht unterliegt (§ 138 I ZPO) auch konsequenterweise ihre Behauptungen durch ihre Aussage bekräftigen und auf Wahrheit und Unwahrheit bestätigen muß.¹⁹⁴

Die amtswegige Anordnung wird überwiegend ins pflichtgemäße Ermessen gestellt.¹⁹⁵ Eine Pflicht des Gerichts zur Anordnung ist dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen der Parteivernehmung gegeben sind und Anhaltspunkte dafür bestehen, daß eine Aufklärung erzielt werden kann.¹⁹⁶ Ansonsten wäre die Annahme eines revisiblen Verfahrensverstößen bei Nichteinvernahme einer nach anderweitiger Beweiserhebung für beweisfällig erklärten Partei¹⁹⁷ unverständlich. Eine völlige Freiheit des Gerichts hinsichtlich der Anordnung amtswegiger Parteivernehmung ist jedenfalls nicht anzuerkennen.¹⁹⁸ Dies wird von Glücklich¹⁹⁹ überzeugend aus der Geschichte begründet. Zum einen beinhaltet

§ 448 ZPO die Voraussetzungen des § 475 ZPO a. F. Des weiteren wäre § 447 ZPO²⁰⁰ völlig überflüssig, könnte die Parteieinvernahme ohne weiteres angeordnet werden.

Eine Ausnahme vom Verhandlungsgrundsatz ist gegeben, soweit ein Beweisantritt entfällt.²⁰¹ Jedoch geschieht keine eigene Tatsachenermittlung des Gerichts. Hier kann nun endlich das Parteivverhalten gewürdigt werden. Die Partei ist Beweismittel mit Beweiswert. Allerdings erfolgt eine solche Verhandlungswürdigung nicht generell über § 286 ZPO.²⁰²

Das Gesetz kennt in § 445 ZPO eine besondere Vorschrift, die die Behandlung der Weigerung zur Aussage regelt. Es steht gleich, ob eine Partei nicht erscheint oder, ob sie die Aussage verweigert.²⁰³ Das Gericht kann die Weigerung frei würdigen. Nachteilige Schlüsse können, müssen aber nicht notwendig²⁰⁴ gezogen werden. Eine gegnerische Behauptung kann als erwiesen, eine eigene als beweisfällig angesehen werden. Dabei ist es möglich, das Motiv der Weigerung,²⁰⁵ wie auch den Grad des bisherigen Beweisergebnisses mit auszuleuchten.

6) Sonstige, eine Sperrbefugnis²⁰⁶ der Parteien ausschließende Vorschriften.

Mit den Vorschriften der §§ 139, 141 - 144, 273 II ZPO wurden die wesentlichsten, zur Begründung einer Durchbrechung der Parteiherrschaft angeführten Vorschriften erörtert. Diese Stellungnahmen können jedoch nicht als abschließend betrachtet werden. Gerade in neuester Zeit brachte Hahn²⁰⁷ weitere, seiner Meinung zufolge die Parteiherrschaft modifizierende Vorschriften zur Sprache. Eine Auflockerung eines strengen Verhandlungsgrundsatzes sieht er in den §§ 136 (insbesondere Abs. III, IV), 437 II, 510 ZPO. Weiter meint er, die Annahme einer Parteiherrschaft dergestalt, daß diese einzelne Tatsachen z. B. über

§ 138 III ZPO der gerichtlichen Nachprüfung entziehen können, widersprüche der Gesetssystematik (arg. § 138 I, II ZPO).

a) Dem letzten Punkt, nämlich den Grenzen etwaiger Parteidispositionen, soll später eingehender nachgegangen werden.²⁰⁸ Hier sei nur soviel erwähnt: Hahns²⁰⁹ Kritik ist nicht jede Berechtigung abzusprechen. Das Verhältnis von § 138 III ZPO zu der Verpflichtung der Parteien, sich wahrheitsgetreu und vollständig zu erklären (§ 138 I ZPO), sowie zur Pflicht, sich überhaupt auf gegnerischen Vortrag zu erklären, bedarf einer genaueren Untersuchung und Rechtfertigung. Daneben ist auch sein Hinweis auf eine in der Rechtslehre teilweise anzutreffende widersprüchliche Behandlung der Geständnisvorschriften anzuerkennen.²¹⁰ Dort wird der Vortrag selbst offenkundiger Tatsachen verlangt, ein offenkundig unwahres Geständnis aber für nicht beachtlich angesehen.²¹¹

b) Genauere Beachtung soll den weiteren Durchbrechungsvorschriften geschenkt werden. Ermöglichen diese eine richterliche Sachverhaltserforschung, so wäre die parteiliche Sperrbefugnis hierüber tatsächlich ausgeschaltet.

Im Anschluß an die oben 5. erörterten Beweisvorschriften soll unser Augenmerk zuvorderst den §§ 437 II, 510 ZPO gelten.

§ 437 II ZPO ist eine Vorschrift des Urkundsbeweisverfahrens. Sie ermöglicht dem Gericht, bei Zweifeln an der Echtheit von zu Beweis Zwecken vorgelegten öffentlichen Urkunden eine Stellungnahme des (vermeintlichen) Ausstellers zu erholen. Eines Antrags der Parteien hierzu bedarf es nicht. Die Echtheitsvermutung des § 437 I ZPO kann also beiseitegeschoben werden. Das Gericht darf eigenen Zweifeln nachgehen. Der Ausdruck "zu einer Erklärung ... veranlassen" spricht sogar weiter dafür, daß eine Erklärungspflicht des Ausstellers besteht.²¹²

Eine Befugnis der Parteien, solche Nachprüfungen auszuschliessen ist nicht anzuerkennen. Das Gericht ist an ein Anerkennen oder Bestreiten der Echtheit nicht gebunden.

§ 510 ZPO beinhaltet eine ähnliche Regelung, beschränkt auf das amtsgerichtliche Verfahren. Eine Urkunde gilt erst dann von der Gegenpartei anerkannt, wenn das Gericht sie zur Erklärung über deren Echtheit aufgefordert hat. Eine Erklärung muß danach nicht abgegeben werden. Die Vorschrift enthält insoweit eine Fiktion.

Die Regelung des § 510 ZPO ergänzt zum einen die richterliche Hinweispflicht des § 139 ZPO,²¹³ des weiteren schränkt sie aber auch § 138 III ZPO ein. Ein Nichtbestreiten der Echtheit einer Urkunde gilt erst nach einer richterlichen Aufforderung zur Erklärung hierüber als Anerkennen derselben.

Wird nun durch diese Vorschriften die Parteiherrschaft durchbrochen? Auf den ersten Blick wollte man Hahn fast zustimmen. Die Parteien können gerichtliche Nachforschungen nicht verhindern. Und vor allem, wenn diese die Fälschung der Urkunde ergeben, kann dies auch von Amts wegen verwertet werden. Doch gilt es zunächst, sich zu vergegenwärtigen, in welchem Verfahrensschnitt wir uns befinden. Beide Vorschriften entfalten ihre Wirkung im Beweisverfahren. § 510 ZPO ist hier im Zusammenhang mit §§ 439,²¹⁴ 138 III ZPO zu sehen. Die Parteien haben den Streitstoff bereits unterbreitet. Die Vorlage der Urkunden dient lediglich der Untermauerung der eigenen, bestrittenen Position. Das Gericht hat sich u. a. aus den vorgelegten Beweismitteln (Urkunden) seine Überzeugung zu bilden. Im Stadium der Beweiswürdigung wird erst die Echtheit der Schriftstücke hinterfragt.

Beweiswürdigung nach klassischem Verständnis ist die Bildung einer richterlichen Überzeugung aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme.²¹⁵ Dazu gehört nicht nur das Gegenüberstellen und in-Be-

ziehung-setzen einzelner Beweisergebnisse. Einen gewichtigen Teil macht auch die Frage nach der Glaubwürdigkeit und Echtheit der Beweismittel aus.²¹⁶

Dieser Verfahrensabschnitt ist aber alleinige richterliche Domäne. Dieser entscheidet nach freier Überzeugung,²¹⁷ unter Beachtung von Denk- und Erfahrungssätzen,²¹⁸ sowie von Beweisvermutungen. Solche Vermutungen müssen nicht auf ein bestimmtes Beweisergebnis gerichtet sein. Es kann durchaus die Wertung eines bestimmten Beweismittels geregelt sein, wie z. B. in § 437 ZPO. Wollten die Parteien auf die Beweiswürdigung, in unserem Fall auf die Wertung eines Beweismittels als echt, Einfluß nehmen, so bedeutete dies einen, wenn auch stillschweigend geschlossenen Beweisvertrag. Dessen Zulässigkeit ist sehr unstritten. Teilweise werden Beweislastverträge für gültig erachtet;²¹⁹ Beweisverträge erkennt man hingegen nur in engen Grenzen an.²²⁰ Allenfalls Beweismittelverträge, wie auch Geständnisverträge sollen wirksam sein,²²¹ sofern sie nur Beweismittel betreffen, die das Gericht nicht von Amts wegen berücksichtigen kann.²²² Eine derartige Abrede steht hier aber nicht inmitten. Die Vereinbarung, eine Urkunde solle vom Gericht als echt behandelt werden, ist unstreitig nicht zulässig. Es verwundert daher nicht, daß die genannten Vorschriften eine Parteifreiheit ausschließen. Sie können dann aber auch nicht als Beispiele einer Durchbrechung des Verhandlungsgrundsatzes angeführt werden.

§ 510 ZPO steht dem Ergebnis vom Verbot eines Beweislastvertrages nicht entgegen. Er ermöglicht zwar einen Parteinfluß, daß u. U. eine unechte Urkunde bei Verweigerung einer Erklärung als akzeptiert angesehen wird. Dies bedeutet jedoch nur eine gesetzlich angeordnete Folge zur Erleichterung der Beweiswürdigung des Richters. Betroffen sind ohnehin nur Privaturkunden, deren Echtheitsprüfung nicht einfach durchgeführt werden könnte.

c) Einzugehen bleibt aber noch auf die Vorschrift des § 136 ZPO, betreffend die Prozeßleitung des Vorsitzenden. Ergänzend hierzu sollen noch einige Bemerkungen zur gerichtlichen Aufklärung gelegentlich einer Beweisaufnahme²²³ angeschlossen werden.

§ 136 ZPO bestimmt in seinem Abs. 3, daß der Vorsitzende Sorge zu tragen hat, daß "die Sache erschöpfend erörtert" wird und in Abs. 4, daß erst nach vollständiger Erörterung die Verhandlung geschlossen werden darf. Im Abs. 3 betrifft diese Vorschrift neben der formellen auch die sachliche Prozeßleitung.²²⁴ Doch, will man darin eine Durchbrechung des Verhandlungsgrundsatzes sehen, ist es notwendig zuvor den Begriff der vollständigen bzw. erschöpfenden Erörterung zu definieren. Dies kann einmal aus gerichtlicher Sicht bedeuten, daß alle von ihm für bedeutsam gehaltenen Punkte angesprochen sein müssen oder, aus der Sicht der Parteien, daß der vorgetragene Streitstoff erörtert wurde. Beides muß keineswegs übereinstimmen, wobei das private Wissen des Gerichts nur das hervorstechendste Beispiel ist.

Das Verständnis dieser Regelung kann sich allein aus dem Gesamtzusammenhang der in der ZPO (1. Buch, 3. Abschnitt, 1. Titel) enthaltenen Vorschriften ergeben. Dort werden die Formalien, Beginn und Durchführung der mündlichen Verhandlung, aber auch sachliche Anforderungen, Pflichten der Parteien und des Gerichts, betreffend den Inhalt der Verhandlung, aufgestellt. In bezug auf die gerichtliche Mitwirkung an der Tatsachengrundlage des Prozesses, ist die als "Magna-Charta"²²⁵ bezeichnete Vorschrift des § 139 ZPO die wesentlichste Regelung. Die anderenweitigen Normierungen, insbesondere auch § 136 III ZPO, sind zu ihr in Beziehung zu setzen. Was der Richter im Wege des § 139 ZPO in den Prozeß "einführen" kann, ist auch "vollständig" zu erörtern. Darüber hinaus aber enthält weder § 136 III ZPO noch § 136 IV ZPO eine eigenständige Regelung, daß der Richter weiteren Bedenken Rechnung tragen kann.

Bsp.: Die Parteien streiten um die Bezahlung des Kaufpreises für einen PKW. Der Kauf des Fahrzeuges war in Gaststätte abgeschlossen worden, wobei der Richter zufällig die Verhandlungen der jetzigen Prozeßparteien vom Nebentisch her mitgehört hatte. Der Kläger verlangt nun 6.000,-- DM als Kaufpreis, der Beklagte wendet Mängel ein, deren Vorliegen die Beweisauf-

nahme aber widerlegt hat. Ist dem Richter, der nun der Klage stattgeben müßte, nicht gelungen im Wege des § 139 ZPO die Parteien zum Vortrag des abgesprochenen Kaufpreises von nur 4.500,- DM zu bewegen, kann er dies nun auch nicht über § 136 III, IV ZPO erreichen. Er kann nicht den Schluß der mündlichen Verhandlung verweigern, weil er den - seiner Meinung nach - wahren Sachverhalt noch nicht vollständig vorliegen sieht.

Diese Vorschrift ist, ausgehend von unserem Verständnis des § 139 ZPO,²²⁶ keineswegs Durchbrechung der Parteiherrschaft im Tatsächlichen.

Daneben sei noch auf folgendes hingewiesen: Hahn²²⁷ sieht in der Möglichkeit des Gerichts, das Beweisthema zu bezeichnen (§ 359 Nr. 1 ZPO) eine Lockerung der Bindung an den Parteivortrag. Er verweist auf die Tendenz der Rechtsprechung, das Beweisthema eher weit zu fassen,²²⁸ wobei es dazu führen könne, daß nicht Vorgetragenes noch zur Sprache kommt. Zudem sei es dem Richter auch bei Festlegung der streitigen Tatsache im Beweisbeschuß unbenommen, anhand seines in § 396 II ZPO verankerten Fragerechts weitere Aufklärung zu erzielen. Das Fragerecht könne zur weiteren Aufklärung der Aussage, zu deren Ergänzung und zur Erforschung des Grundes, aus dem das Wissen des Zeugen herrührt, ausgebaut werden. Gerade das zweite, nämlich die ergänzende Frage, könne aber auch zu einer Ergänzung des Sachverhalts führen.²²⁹ Dem ist jedoch nicht beizupflichten. Gewiß ist Hahn zuzugehen, daß auch Tatsachen zur Sprache kommen können, die außerhalb des Beweisthemas liegen, gleichwohl aber für den Prozeß von Bedeutung wären. Zu betonen ist das Wort "wären". Denn die Argumentation muß schief sein, wird sie völlig vom Fragenkreis der Verwertung eines "überschießenden" Beweisergebnisses losgelöst betrachtet. Dieses bleibt aber - auch wenn E. Schneider²³⁰ dies als Resultat eines "Glaubenssatzes" betrachtet und seine Gefolgschaft verweigert - nur nach Parteivortrag verwertbar.²³¹ Dann kann auch ein Überschreiten des Fragerechts nicht zur Streitstoffermittlung führen.

Im übrigen bedeutet die "Vervollständigung der Aussage" i. S. § 396 II ZPO nichts anderes als Vervollständigung im Rahmen des jeweiligen Beweisthemas. In diesem Sinne sind auch die Bemerkungen, die Parteiherrschaft sei weiterhin zu beachten,²³² auch zu verstehen. Wenn das Fragerecht nicht allzu engherzig verstanden werden kann, so darf damit noch nicht jede Bindung an den Fragegrund aufgegeben und jedwede Ermittlung betrieben werden.

Resümierend läßt sich also sagen, daß weder §§ 437 II, 510 ZPO, noch § 136 III, IV ZPO oder das Fragerecht im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme zu einer Einschränkung des Verhandlungsgrundsatzes führen.

Anmerkungen:

- 1) Dabei gilt es, den Umfang der einzelnen Einschränkungen noch zu untersuchen.
- 2) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97; Bathe, S. 221 ff.; E. Schneider, MDT 1979, 975; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193; Zettel, S. 142 ff.
- 3) Außer Betracht bleibt zunächst der Einfluß von § 138 I ZPO, was nachfolgend (§ 6 IV 3) behandelt werden soll.
- 4) Teilweise wird § 139 ZPO mit "richterlicher Hinweispflicht" ("so Baur, Richterliche Hinweispflicht, S. 35; Prütting, NJW 1980, 361 (364); Zettel, S. 128) oder mit "vorbereiten-der richterlicher Sachaufklärung (Kuchinke, Freiheit und Bindung, S. 19; ders., JuS 1967, 295; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 5 Fn. 12) umschrieben. Beide Begriffe sollen nachfolgend nicht verwendet werden. Ersterer ist zu farblos und wahrt nicht die erforderliche Distanz zu Verfahren mit inquisitorischem Charakter. Letzterer kann zu Verwechslungen mit der Tätigkeit des Gerichts nach § 273 ZPO führen; vgl. Spohr, S. 6 ff.

- 5) Posenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 1; Göbel, Prozeßzweck, S. 73; Laumen, S. 193; Schönfeld, S. 6 ff.; Zettel, S. 128 ff.
- 6) Posenberg-Schwab, ZPR, § 62 II 4; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 6 ff.; Zettel, S. 128, 129; Wacke-Seelig, NJW 1980, 1170 m. w. N. Das BVerfG sieht in der Vorschrift eine allgemeine prozessuale Fürsorgepflicht, BVerfGE 42, 64 (73 ff.); BVerfGE 46, 325 (334 ff.); BVerfGE 52, 131 (153 ff.). Vgl. dazu auch Laumen, S. 194; Mohrutter, DRiZ 1977, 39 ff.; Schellhammer, ZP, Rdnr. 411; E. Schneider, MDR 1968, 721; ders., MDR 1977, 353 ff.; Stöcker, Pfleger 1976, 392 ff.; Stürner, NJW 1979, 2334; Vollkommer, Rpfleger 1976, 393 ff.; Witzel, JuS 1976, 722.
- 7) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 1 B; Zöller-Stephan, ZPO, § 139, Rdnr. 15 m. w. N.
- 8) Es kann eine Verletzung von Art. 3 I GG - freilich aber nicht bei jedem Verstoß - vorliegen, vgl. BVerfGE 42, 74; BVerfG, NJW 1980, 1093.
- 9) Vgl. Naqcl in: Humane Justiz, S. 53 ff.; 57 ff.
- 10) Peters, Ausforschungskreis, S. 101; P. Schmidt, ZPR, § 71 III, der aber auch von einer Ergänzung spricht. Bernhardt, Festschrift für Posenberg, S. 9 (24) (Ergänzung).
- 11) Grunsky, Grundlagen, § 19 I (Durchlöcherung); Bernhardt, Festschrift für Posenberg, S. 9 (37) (Einschränkung); Henckel, Prozeßrecht, S. 118; Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 6 (Auflockerung); P. Schmidt, ZPR, § 71 I, III; Schultzenstein, ZRP 43 (1913), 321 ff.; Lücke, JuS 1961, 41 (43); Kuchinke, JuS 1967, 297 (Entschärfung); Hellwig, System I, § 140 III 3 a; Lent, Wahrheitspflicht, S. 43; Kuchinke, JuS 1967, 297 (Milderung); Stein, Das private Wissen, S. 94; Schultzenstein, ZRP 43 (1913), 321 ff. (Ausnahme); auch der BGH (Z 3, 206 (213)) und das OLG Frankfurt (NJW 1970, 1884 (1885)) nehmen eine Überschreitung von Verhandlungsgrundsatz und § 139 I ZPO an.
- 12) S. 245 (246).
- 13) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 5; Arendt, NJW 1959, 7; Schönfeld, S. 168, bestreitet eine Mitverantwortung; Vollkommer, Rpfleger 1976, 395; Wacke-Seelig, NJW 1980, 1170.
- 14) Wassermann, RuP 1974, 105 ff.
- 15) Wacke-Seelig, NJW 1980, 1170 unter Hinweis auf BVerfG, NJW 1976, 1391. Vgl. die Nachweise oben Fn. 6.

- 16) Bomsdorf, S. 245, 246; Endemann, Bd. I, S. 472 (474);
offenbar auch Schaub, Formulareammlung, § 90 V 5.
- 17) Deubner, Festschrift für Schiedermaier, S. 86; E. Schneider,
MDR 1979, 974.
- 18) Wacke-Seelig, NJW 1980, 1170. Die h. M. nimmt die richterliche Neutralität als Grenze an: BVerfG, NJW 1979, 1928; BVerfGE 21, 139 (145); Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 1 b; Jauernig, ZPR, § 25 VII 5; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 7 ff.; Thomas-Putzo, ZPO, § 139, Anm. 2 a bb; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 2 B; Brehm, S. 219; Deubner, Festschrift für Schiedermaier, S. 80.
- 19) Bomsdorf, S. 246; Levin, S. 117.
- 20) Ebenso K. Schneider, S. 107.
- 21) Endemann, Bd. I, S. 475; K. Schneider, S. 119; ebenso Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 32; a. M. Wach, Vorträge, S. 75.
- 22) Siehe unten Fn. 58.
- 23) v. Bar, Recht und Beweis, S. 28, 36 ff.; Dickel, BayZ 6 (1910), 351 ff.; Eck, Vorträge, S. 35 ff.; Fischer, Recht, S. 103; Hedemann, BayZ 6 (1910), 25 ff.; Hölder, AcP 73 (1888), 156 ff.; Kisch, ZRP 30 (1902), 532 (536); Kohler, AcP 96 (1905), 53; ders., RheinZ 6, 13; Schwering, S. 155. So im Zusammenhang mit der Parteivernehmung auch J. Schmidt, JuS 1974, 441 (445). Bernhardt (Festschrift für Rosenberg, S. 9 (41)) befürwortet die freie Verteilung der Aufklärungsbeiträge auch bei der Parteibefragung, wobei aber zu sehen ist, daß er die Zweigleisigkeit von Parteianhörung und Parteivernehmung aus rechtspolitischen Gründen verlangt (S. 41).
- 24) Bomsdorf, S. 245. Weniger weit geht Zettel, S. 133, der dem Gericht nicht die Möglichkeit freier Würdigung einer verweigerten Antwort zukilligt. Den Parteien könnten allenfalls die Nachteile entstehen, die das Gesetz bei Nichtbehebung des Mangels vorsieht, z. B. Klageabweisung wegen unschlüssiger Klage. Eine Ausnahme gelte nur, wenn das Gericht Zweifel an der Wahrheit einer Behauptung hege. Mit Begründung der Zweifel könnten einmal neue Tatsachen eingeführt werden.
- 25) Bomsdorf, S. 246; ähnlich Gaupp, ZPO, § 464, Anm.
- 26) So Stürner, Richterliche Aufklärung, Rdnr. 11.
- 27) S. 246; auch Osterloh, Ordentlicher sächsischer Zivilprozeß I, S. 475 unten; K. Schneider, S. 119.

- 28) Bekanntestes Beispiel ist der Hinweis auf die Verjährungsfrist. Ein solches Hinweisrecht verneinen RG, WarnRspr. 1907, 363, § 139 Nr. 3; OLG Bremen, NJW 1979, 2215; OLG Köln, MDR 1979, 1027; OLG Stuttgart, NJW 1981, 2581; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 2 B; v. Feldmann in: Münch-Komm., § 222, Rdnr. 2; Wleczorek, ZPO, § 139, Anm. B III b; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 1 b (die aber bei erfolgtem Hinweis keine Befangenheit des Richters annehmen wollen (§ 25 II 2 a)); Franzki, NJW 1979, 12; Peters, Hinweispflichten, S. 29 ff. (31), 89 ff., 135 ff.; Prütting, NJW 1980, 361 (364) m. w. N. zum Meinungsstand; a. M. LG Braunschweig, NdsRpfl 1979, 146 ff.; Thomas-Putzo, ZPO, § 139, Anm. 1; Zöllner-Stephan, ZPO, § 139, Rdnr. 9, 11 ff.; Zöllner-Vollkommer, ZPO, 13. Aufl., § 42 Anm. III 3 a; Bender, JZ 1982, 709; ders., ZRP 1974, 235; E. Schneider, DRiZ 1978, 42; ders. MDR 1977, 969 (975); ders., MDR 1979, 975; Wassermann, der soziale Zivilprozeß, S. 116 ff.; vgl. auch OLG Schleswig, SchlHA 1982, 29; OLG Schleswig, NJW 1983, 348; Koch, NJW 1966, 1648; Laumen, S. 226 ff.; Nagel, DRiZ 1977, 233; Rogge, DRiZ 1978, 226; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 62; Bender-Belz-Wax, S. 7 ff.; wo er eine Vermischung der Grenzen zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime annimmt (S. 66; ähnlich Baur, Beiträge zum IX. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, S. 187 ff., 194 ff., 202); ders., Richterliche Aufklärung, Rdnr. 11; kritisch Brehm, S. 220 ff.; differenzierend Schaub, Formularsamm- lung, § 78 III 2.
- 29) Vgl. die Nachweise oben Fn. 28.
- 30) So bereits Stürner, Richterliche Aufklärungspflicht, Rdnr. 11; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 5 ff.
- 31) So Levin, S. 135, über die Stellung der Parteien im Zusammenhang mit der Anordnung des persönlichen Erscheinens.
- 32) Förster-Kann, ZPO, § 141, Anm. 1.
- 33) BVerfGE 52, 131 (144); BVerfGE 42, 64 (73); OLG Karlsruhe, MDR 1981, 503; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 1 A, Einl. III 3 B; vgl. auch BVerfG, NJW 1979, 1927; BAG, DB 1977, 920; vgl. die weiteren Nachweise in Fn.16; kritisch Geiger, NJW 1976, 1393.
- 34) BGH, NJW 1980, 1975; KG, OLGZ 1977, 970.
- 35) BGH, LM Nr. 10 zu § 272 b ZPO; BPatG, GRUR 1982, 35; Stürner, NJW 1979, 2334 (2336).
- 36) BGH, MDR 1980, 576; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 1 A.

- 37) Wacke-Seelig, NJW 1980, 1170; Arndt, NJW 1959, 7; Vollkommer, Rpfleger 1976, 395; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 5.
- 38) Abweichend BVerfGE 42, 64 (85); BGHZ 85, 291.
- 39) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 1 A.
- 40) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 5.
- 41) Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozeß, 1969. Ihm folgend Laumen, S. 194 ff.; Schönfeld, S. 162; Stürner, Richterliche Aufklärung, Rdnr. 25; Zettl, S. 130; kritisch Seelig, Einreden, S. 69 Fn. 2.
- 42) Spohr, S. 57; vgl. auch Henckel, Festschrift für Schirmer, S. 205 (210); Wolf, Verfahrensrecht, S. 174.
- 43) Spohr, S. 69 ff. 78.
- 44) Spohr, S. 152 ff. Vgl. auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 1 c; Laumen, S. 196 ff.; Schönfeld, S. 163; Zettl, S. 132 ff.
- 45) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 6.
- 46) Siehe oben § 3 IV 3 a (1).
- 47) In: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 6. Ebenso Jauernig, ZPR, § 25 VII; Henckel, Festschrift für Schima, S. 205 (210 ff.); Laumen, S. 194; Lent, ZAKDR 1936, 20 (21); Martens, JuS 1974, 785 (78 b); Seelig, Einreden, S. 98; Vollkommer, Rpfleger 1976, 393 (395).
- 48) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 7; Vgl. oben die Nachweise in Fn. 18; auch BVerfGE 42, 64 (78); BVerfGE 52, 131 (161); BPatG, GRUR 1981, 350; BPatG, GRUR 1982, 360; Stürner, Richterliche Aufklärungspflicht, Rdnr. 22; teils enger Vollkommer, Rpfleger, 1976, 393 (394).
- 49) BGH, LM Nr. 3 zu § 139 ZPO; BPatG, GRUR 1981, 350.
- 50) A. M. Bomsdorf, S. 246.
- 51) Bettermann, ZPR 88 (1975), 347 (349); ebenso E. Peters, Richterliche Hinweispflichten, S. 107, der aber eine gewisse Inkonsistenz zeigt, wenn er einerseits sagt, § 139 I ZPO rüttle nicht an der Verhandlungsmaxime, andererseits aber eine Modifizierung derselben durch diese Vorschrift annimmt (S. 107, Fn. 4).

- 52) Prütting, NJW 1980, 361 (363, Fn. 29); Deubner, Festschrift für Schiedermair, S. 79 (86); ebenso Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 14; Schellhammer, ZP, Rdnrn. 411, 474.
- 53) Bettermann, ZZP 88 (1975), 347 (349).
- 54) Bettermann, ZZP 88 (1975), 347 (349).
- 55) RGZ 151, 98; RG, WarnRspr 1935, 144.
- 56) Vgl. oben Fn. 24. Diese nimmt Bomsdorf, S. 246, heute wohl noch an.
- 57) Dies erkennt auch Endemann, Bd. I, S. 475, an, wenn er einen Zwang zur Antwort verneint.
- 58) Bd. I, S. 475; ebenso Bomsdorf, S. 246; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 32.
- 59) Endemann, Bd. II, S. 70; Hervorhebung im Original.
- 60) Endemann, Bd. II, S. 70 ff.; ähnlich offenbar auch Thomas-Putzo, ZPO, § 286, Anm. 3; anders z. B. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 286, Anm. 2 E.
- 61) Endemann, Bd. I, S. 475, Bd. II, S. 70 ff.; ähnlich Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (40).
- 62) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 106 ff., 234 ff. m. w. N. Vgl. auch unten § 6 V 2 b (1).
- 63) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 106 ff. 134 ff.
- 64) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 106 ff. (112 ff., 127); vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen.
- 65) BGH, JZ 1963, 32 m. Anm. Scheuerle. Vgl. dazu auch Hahn, Kooperationsmaxime, S. 268 ff. (269). Ähnlich auch AG Nürnberg, wo der Partei eine Lüge in einem Punkt bei einer anderen Sachverhaltsfrage zum Nachteil gereicht (Urt. v. 23.11.1984, 28 C 4555/84).
- 66) Lüderitz, Ausforschungsverbot, S. 39 schlug vor, der behauptenden Partei den Beweis für die fehlenden Umstände abzuverlangen, andernfalls die Forderung nach Anhaltspunkten eine Farce wäre. Dagegen wendet sich Stürner, Aufklärungspflicht, S. 127, der die Motivation der Entscheidung zu "disziplinierter Prozeßführung" in den Vordergrund stellt. Damit überdehnt er aber die Substantiierungsanforderungen an den parteiichen Tatsachenvortrag (dazu BGH NJW 1984, 2888); vgl. auch unten § 7 II 2.
- 67) Endemann, Bd. II, S. 70 ff.

- 68) Rosenberg-Schwab, § 113 V 1; Brehm, S. 246.
- 69) Rosenberg-Schwab, § 113 V 3; Brehm, S. 250.
- 70) Rosenberg-Schwab, § 113 V 1; siehe oben § 5 III 1 b (2).
- 71) Brehm, S. 250.
- 72) So auch Brehm, S. 249 ff.
- 73) Brehm, S. 250.
- 74) Stein-Jonas-Leipold, ZPO. 20. Aufl., § 141, Rdnr. 24, aber im Widerspruch zu Rdnr. 32; Brehm, S. 250.
- 75) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 113 V 3.
- 76) Brehm, S. 252.
- 77) Vgl. auch Musielak, JuS 1983, 198; siehe dazu auch unten § 7 III 2.
- 78) Bülow, AcP 62 (1879), 1 (88).
- 79) Ebenso Laumen, S. 51 ff., 196; vgl. auch Schellhammer, ZP, Rdnr. 411.
- 80) Dies bestätigt auch Stürner für seine Ansicht, wo er lediglich eine negative Fiktion bei unterbliebener Aufklärung befürwortet (Aufklärungspflicht, S. 234 ff. (237 ff., 242 ff.)).
- 81) Anders Levin, S. 133, der irrig annimmt, das RG habe in seiner Entscheidung JW 1912, 541 (Nr. 20) die Verwertung des Eindrucks von einer Person bei der Überzeugungsbildung anerkannt. Vgl. auch Levin, S. 161, dagegen Brehm, S. 251, Fn. 57.
- 82) Ebenso Wach, Vorträge, S. 75. Ähnlich Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnrn. 33, 34, der jedoch daneben eine Würdigung des Schweigens annehmen will (Rdnr. 32). Wie hier wohl auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 2, die bei § 141 ZPO nur die Aussage der Parteien einer Würdigung gem. § 286 ZPO unterstellen wollen.
- 83) Vgl. Brehm, S. 255.
- 84) Pomzdorf, S. 249; Levin, S. 145. Die Überlegungen beider zu § 141 ZPO gelten hier gleichermaßen.
- 85) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 20, Anm. VII, Rdnr. 62.
- 86) Zum Auferlegen von Aufklärungsbeiträgen gegenüber der nicht beweislasteten Partei vgl. Arens, ZZP 96 (1983), 1; Peters, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, 1966; Prütting, Gegen-

wartsprobleme, S. 181 ff.; Lüderitz, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte, 1966, bes. S. 27 ff.

- 87) BVerfG, NJW 1979, 1925.
- 88) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 85; Hainmüller, Anscheinsbeweis, S. 75; Prütting, Gegenwartsprobleme, S. 185; Pohle, AcP 155 (1956), 175 ff.; Rosenberg, Beweislast, S. 64 ff., 92 ff.; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 65 ff. Vgl. auch BGH, NJW 1957, 669, wo ein allgemeiner Auskunftsanspruch abgelehnt wird. Allerdings wäre der Unterschied zwischen Verhandlungs- und Inquisitionsmaxime verwischt, ein Vorwurf, der der bestehenden gerichtlichen Praxis mitunter gemacht wird, vgl. Baur, Mat.zum ausländischem und internationalem Prozeßrecht, S. 187 ff., 194 ff., 202.
- 89) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 66; ders., Richterliche Aufklärung, Rdnr. 12; vgl. auch Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 141, Rdnr. 3; Peters, JW 1938, 1432 (1434).
- 90) So Stürner, Aufklärungspflicht, S. 67.
- 91) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 67.
- 92) BVerfGE 7, 89 (92); BVerfGE 13, 261 (271).
- 93) Hamann-Lenz, GG, Einl. S. 57.
- 94) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 20, Anm. VII, Rdnr. 58, 62.
- 95) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 20, Anm. VII, Rdnr. 62; Hamann-Lenz, GG, Einl. S. 60, 62.
- 96) Ist schon die Rechtssicherheit beeinträchtigt, wenn die richterliche Überzeugung das Maß und den Umfang der Beweislast wesentlich beeinflusst (Musiak, JuS 1983, 368 (369); vgl. auch Gottwald, Jura 1980, 227), darf die Kalkulierbarkeit des gerichtlichen Verfahrens nicht noch weiter eingeschränkt werden, siehe oben § 1. Vgl. weiter Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 20, Anm. VII, Rdnr. 62.
- 97) Prütting, Gegenwartsprobleme, S. 186.
- 98) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 108 ff.
- 99) So Bomsdorf, S. 246.
- 100) So Zettel, S. 133.
- 101) Gotthardt, DRiZ 1930, 141.
- 102) Levin, S. 131.

- 103) Vgl. Polyzogopoulos, S. 85 ff.
- 104) Prozeß, S. 114; ders., Die neue ZPO, § 141, Anm. 2; Levin, S. 135 ff., Förster-Kann, ZPO, § 141, Anm. 1, sprechen von einer Beweisanzordnung im weiteren Sinne. Vgl. auch Bomsdorf, S. 248 ff. A. M. Schellhammer, ZP, Rdnr. 411.
- 105) Levin, S. 131; Endemann, Bd. I, S. 478; heute auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 141, Anm. 4; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 141, Rdnr. 24, 32; Thomas-Putzo, ZPO, § 141, Anm. 4; Wieczorek, ZPO, § 141, Anm. B I b; a. M. offenbar Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 2; Wach, Vorträge, S. 163.
- 106) Ähnlich Hellwig, System I, § 142 II 4 a/3; Weismann, ZPR, § 40 I 5; a. M. Skonietzki-Gelpke, ZPR, § 141, Anm. 5.
- 107) Levin, S. 135; a. M. Wach, Vorträge, S. 163.
- 108) Förster-Kann, ZPO, § 141, Anm. 1.
- 109) Stein, ZPO, 10./11. Aufl., Vorb. IV 3 zu § 128; Wach, Grundfragen, S. 28.
- 110) So zutreffend Levin, S. 135.
- 111) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 141, Rdnr. 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 141, Anm. 2 B; Thomas-Putzo, ZPO, § 455, Vorb. 1; Zöller-Stephan, ZPO, § 141, Anm. 1; Blomcyer, ZPP, § 80 I 2; Jauernig, ZPR, § 56 I 3; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 125 I 2; Bruns, ZPR, § 38, Rdnr. 201; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (40 ff.); Krämer, ZRP 64 (1951), 59; BGH, MDR 1967, 834; BGH, FamRZ 1968, 241; BGH, NJW 1969, 428; BGH, KTS 1975, 111 (113); RGZ 149, 63.
- 112) Bähr, ZRP 19 (1893), 95; Brüggemann, iudex statuator, S. 353; Polyzogopoulos, S. 108 ff.; Schellhammer, ZP, Rdnr. 498.
- 113) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 141, Anm. 4; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 141, Rdnr. 32; Thomas-Putzo, ZPO, § 141, Anm. 4; Wieczorek, ZPO, § 141 Anm. B I b.
- 114) Dies hat vor allem in Anwaltsprozessen Bedeutung, wo die Partzien nicht anwesend sein müssen. Doch auch in Parteiprozessen wird die Parteianhörung zugelassen (vgl. Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 141 Rdnr. 5). Diese unterscheidet sich dann aber nicht von der Frage- und Erörterungspflicht gem. § 139 ZPO.

- 115) Polyzogopoulos, S. 108; Henckel, Prozeßrecht, S. 15 ff.; Jansen, S. 22.
- 116) Vgl. die in Fn. 113 genannten.
- 117) So aber Brehm, S. 245 ff. (insbes. 259).
- 118) Gottwald, AcP 183 (1983), 201.
- 119) Vgl. dazu auch Prütting, Gegenwartsprobleme, S. 31 ff. (32/33), der bei § 141 I ZPO den Pflichtcharakter bejaht, diese Pflicht allerdings nicht auf eine wahrheitsgemäße Aussage bei Erscheinen ausdehnt. Der Prozeß als Interessenkampf, ohne Pflicht zum Sieg ist weiter zu berücksichtigen.
- 120) So Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 2; Brehm, S. 230 ff.; OLG Karlsruhe, MDR 1958, 109.
- 121) Unzutreffend daher Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 139, Rdnr. 24, 32.
- 122) Siehe oben § 5 III 1 b (4).
- 123) So Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnrn. 177 ff.; Glücklich, S. 206 ff.; Wach, Grundfragen, S. 28.
- 124) So bereits Hellwig, System I, S. 430, 431.
- 125) S. 253.
- 126) Darauf hat bereits Planck, ZPR II, S. 104, hingewiesen. Ähnlich Koffka, JW 1913, Beilage H 15, S. 5; a. M. Polyzogopoulos, S. 109.
- 127) S. 112 ff.; ebenso Hahn, Kooperationsmaxime, S. 283 ff. (284 ff.); vgl. auch Brüggemann, iudex statutor, S. 381 ff.; Zettel, S. 138 ff.
- 128) Polyzogopoulos, S. 115.
- 129) Entwurf zur Vereinfachungsnovelle 1977, S. 56 ff.
- 130) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 286 ff.
- 131) So Hahn, Kooperationsmaxime, S. 286 ff.
- 132) Kollhosser, ZZP 91 (1978), 104; Brehm, S. 248.
- 133) Brehm, S. 249.
- 134) Polyzogopoulos, S. 138.
- 135) Brehm, S. 249.

- 136) Auf diesen Widerspruch der h. M. weist Brehm, S. 232 Fn. 10, zutreffend hin.
- 137) Vgl. dazu Stürner, Aufklärungspflicht, S. 67 ff. und oben § 5 III 1 b (4).
- 138) Bomsdorf, S. 249; Förster-Kann, ZPO, § 141, Anm. 1.
- 139) So aber Hoche-Haas, S. 105; Ähnlich Bomsdorf, S. 248 ff. Wie hier ausdrücklich Schellhammer, ZP, Rdnr. 411.
- 140) Dies war bereits die gesetzgeberische Intention, vgl. Hahn, Mat. II/1, S. 215, 216 (Begründung des Entwurfs).
- 141) Dieses Beispiel erwähnt Zettel, S. 71.
- 142) So bereits Goldschmidt, Die neue ZPO, § 272 b, Fn. 6.
- 143) BAG, DB 1976, 1020; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 273, Anm. 3 (teils unverständlich und im Widerspruch dazu aber § 142, Anm. 1); Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 142, Rdnr. 3; Thomas-Putzo, ZPO, § 142, Anm. 1; Wieczorek, ZPO, § 142, Anm. I; § 272 b, Anm. III 1 b; Zöllner-Stephan, ZPO, § 273, Rdnr. 6; einschränkend Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 III 3; § 122 IV 1, wonach nur bei Anordnung vorbereitender Urkundenvorlegung eine Bezugnahme entbehrlich sein soll. Vgl. auch Prütting, NJW 1980, 361 (363); Daniels, NJW 1976, 349.
- 144) Siehe oben § 3 I 1.
- 145) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 4, III; Bettermann, ZRP 88 (1975), 347 (349).
- 146) Bender-Belz-Wax, S. 7.
- 147) Bomsdorf, S. 254; Vorsichtiger Zettel, S. 70 ff. (72).
- 148) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Einf. § 284, Anm. 2; § 358 a, Anm. 2; Thomas-Putzo, ZPO, § 284, Anm. 1; § 358 a, Anm. 1; Prütting, NJW 1980, 361 (363).
- 149) So offenbar Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 358 a, Anm. 2. Vgl. dazu auch Birk, NJW 1985, 1489 ff.
- 150) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 358 a, Anm. 2.
- 151) Demgegenüber will Bomsdorf, S. 251, eine Pflicht annehmen, wenn mit der Beweiserhebung Klarheit geschaffen werden kann, vgl. auch Bülow, AcP 64 (1881), 1 (94).
- 152) A. M. offenbar Bender-Belz-Wax, S. 7 ff.

- 153) Zettl, S. 73; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 142, Rdnr. 5; Wieczorek, ZPO, § 142, Anm. A II; Zöllner-Stephan, ZPO, § 142, Rdnr. 1; BAC, DB 1976, 1020.
- 154) Zettl, S. 69 ff. (73); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 142, Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 272 f, Anm. III, I Nr. 1 b; Thomas-Putzo, ZPO, § 142, Anm. 1; BAC, DB 1976, 1020.
- 155) Dies verkennt BAC, DB 1976, 1020.
- 156) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 113 V 1.
- 157) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 122 III 1; Vgl. auch E. Schneider, Beweis, S. 259 ff. (261 ff.).
- 158) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 118 II 4; Peters, ZPR 82 (1969), 200; Zöllner-Stephan, ZPO, § 286, Anm. IV 1 m. w. N.; BAC, DB 1976, 1020.
- 159) Dies belegt, daß eine Differenzierung auch hier nicht müßig ist. Vgl. Peters, ZPR 81 (1969), 200 (201); E. Schneider, Beweis, S. 36 ff., 164 m. w. N.
- 159a) Vgl. dazu auch Stürner, Aufklärungspflicht, S. 234 ff.
- 160) So die Befürchtung Endemanns, Bd. I, S. 480.
- 161) Bender-Belz-Wax, S. 7; Bomdsdorf, S. 254.
- 162) Thomas-Putzo, ZPO, § 144, Anm.
- 163) Zur Gegenmeinung Heuslers, AcP 62 (1879), 257, der den Augenschein als Beweismittel ablehnt, da der Beweis nicht durch den Beweisführer vermittelt werde, vgl. Zettl, S. 78 ff.
- 164) Bomdsdorf, S. 251; Zettl, S. 78.
- 165) S. 134.
- 166) Vgl. schon oben Fn. 153.
- 167) Endemann, Bd. I, S. 480 ff.
- 168) Gaupp-Stein, ZPO, § 144, Anm.
- 169) Bomdsdorf, S. 59 ff., 251 ff.; einschränkend Zettl, S. 75 ff.
- 170) Bomdsdorf, S. 251; K. Schneider, S. 146 ff.; Riedel, NJW 1956, 7 ff.

- 171) Dagegen Wach, Krit Vjschr. 14 (1872), 329 (335); ders., Vorträge, S. 57; Planck, ZPR II, S. 106, 270; Hannoveranischer Entwurf zur ZPO, §§ 140, 141.
- 172) Bomsdorf, S. 251; R. Schmidt, ZPR, § 71 III 3; Levin, S. 139 ff.
- 173) Bomsdorf, S. 252; R. Schmidt, ZPR, § 71 III 3.
- 174) Bomsdorf, S. 252; a. M. Wach, Vorträge, S. 57.
- 175) Zettel, S. 75.
- 176) BGHZ 5, 302 (307); mißverständlich Zettel, S. 75 (78). Vgl. dazu insbes. auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 144, Anm. 2 a E und ArbG Regensburg, Urt. vom 25. Oktober 1984, 6 Ca 1310/80.
- 177) Brüggemann, iudex statu-tor, S. 356.
- 178) S. 72, 74 ff. 78 ff.
- 179) H. M., vgl. RGZ 151, 98; OLG Köln, MDR 1973, 233; LG Berlin, NJW 1978, 1061; Blomeyer, ZPR, § 14 II 1; Jauernig, ZPR, § 25 VIII 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II 1; Schönke-Kuchinke, ZPR, S. 24; Brüggemann, iudex statu-tor, S. 372 (Fn. 922), 425; a. M. Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (34); Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (208).
- 180) Festschrift für Esser, S. 193 (208).
- 181) So ausdrücklich Brüggemann, iudex statu-tor, S. 355.
- 182) S. 72, 74 ff., 78. Wie sollte dies im übrigen erfolgen? Der bloße richterliche Hinweis auf eine neue, noch nicht vorgetragene Tatsache genügt jedenfalls nicht, um diese als in den Prozeß eingeführt betrachten zu können.
- 183) Zettel, S. 133.
- 184) Weitere Beispiele bei Peters, ZZP 82 (1969), 200.
- 185) Vgl. oben § 5 III 1 b (4).
- 186) Vgl. oben § 5 III 3.
- 187) Vgl. Wetzell, § 27. Vgl. weiter J. Schmidt, JuS 1974, 441 (444).
- 188) Hahn, Mat. II, S. 287 (Begründung des Entwurfs).
- 189) Vgl. zum Ganzen Dix, § 8.

- 190) Siehe oben § 5 III 2.
- 191) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 125 II 1.
- 192) BGH, JZ 1976, 214; BAG, AP Nr. 2 zu § 195 BGB; BGH, MDR 1965, 287; BGH, VersR 1965, 1076; BGH, VersR 1969, 220; Glücklich, S. 137.
- 193) Vgl. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 448, Anm. 1.
- 194) Brüggemann, iudex statutor, S. 359.
- 195) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 448, Anm. 1; Thomas-Putzo, ZPO, § 448, Anm. 2; BGH, LM Nr. 2 zu § 448 ZPO; BGH, JZ 1976, 215; freigestellt Wieczorek, ZPO, § 448, Anm. B I.
- 196) Zettel, S. 88 ff.; wohl auch Rosenberg-Schwab, § 125 II 5; RGZ 144, 321; RG, Warn Rspr. 1935, 164; RG, ZRP 60 (1936/37), 334; OGH BritZ 1, 228 = NJW 1949, 146 (Nr. 5).
- 197) BGH, VersR 1975, 156; BGH, VersR 1976, 587; BGH, JZ 1976, 215; Zöller-Stephan, ZPO, § 448, Rdnr. 1.
- 198) Vgl. Glücklich, S. 137 ff.
- 199) S. 136 ff. 141 ff.
- 200) Zum Verständnis dieser Vorschrift vgl. Born, JZ 1981, 775.
- 201) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 448, Anm. 2 A.
- 202) So aber offenbar Zettel, S. 91.
- 203) Thomas-Putzo, ZPO, § 446, Anm.
- 204) Zöller-Stephan, ZPO, § 446 Rdnr. 1, wobei die Abgrenzung ausschließlich nach dem Motiv der Weigerung nicht gangbar erscheint, wenn dieses nicht bekannt ist; vgl. auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 125 I 4.
- 205) Zöller-Stephan, ZPO, § 446, Rdnr. 1.
- 206) Unter Sperrbefugnis ist das aus dem Verhandlungsprinzip fließende Parteirecht zu verstehen, Die Sachverhaltserforschung des Gerichts auszuschließen. Zum Begriff vgl. Brüggemann, iudex statutor, S. 118 ff.; Steif, S. 78 ff.
- 207) Kooperationsmaxime, S. 291 ff., 265 ff.
- 208) Vgl. dazu unten § 7 III.

- 209) Kooperationsmaxime, S. 266 ff.
- 210) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 270 ff.
- 211) Vgl. unten § 7 III 2.
- 212) So auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 437, Anm. 2; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 437, Anm. II 2; Thomas-Putzo, ZPO, § 437, Anm. 2.
- 213) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 510, Anm.
- 214) Diese Vorschrift stellt eine Abweichung von § 439 III ZPO dar; vgl. nur Thomas-Putzo, ZPO, § 510, Anm.
- 215) Vgl. ausführlich E. Schneider, Beweis, S. 132 ff., 138 ff.
- 216) E. Schneider, Beweis, S. 138 ff.
- 217) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 114 I 1; E. Schneider, Beweis, S. 132 ff.
- 218) E. Schneider, Beweis, S. 155 ff.
- 219) So z. B. BGH, DB 1974, 1283; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 114 I 3, § 118 III 2 b (in den Grenzen von § 11 Nr. 15 AGBG); Schellhammer, ZP, Rdnr. 570; Rosenberg, Beweislast, S. 87 ff.; RGZ 96, 57 (59); verneinend E. Schneider Beweis, S. 34; Wieczorek, ZPO, § 282, Anm. C III a; vgl. auch RGZ 96, 17.
- 220) Vgl. nur Rosenberg-Schwab, ZPR, § 114 I 3 m. w. N.; ganz ablehnend E. Schneider, Beweis, S. 34.
- 221) Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 282, Anm. VII; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 114 I 3; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 255; Habscheid, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. II, S. 789 ff.; Sachse, ZJP 54 (1929), 409; a. M. LG Köln, MDR 1960, 846; Rosenberg, Beweislast, S. 87 ff.; E. Schneider, Beweis, S. 34; Wieczorek, ZPO, § 282, Anm. C III.
- 222) A. M. Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 24 ff., 86 ff.
- 223) Vgl. hierzu Hahn, Kooperationsmaxime, S. 276 ff.
- 224) Thomas-Putzo, ZPO, § 136, Anm. 2.
- 225) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 139, Anm. 1 A.
- 226) Eine von Hahn, Kooperationsmaxime, S. 293, befürchtete Anstrengung, um dieses Ergebnis zu erreichen, ist nicht erforderlich.

- 227) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 276 ff.
- 228) OLG Köln, OLGZ 1966, 40 (42); OLG Düsseldorf, OLGZ 1973, 492 (494); OLG Koblenz, NJW 1975, 1036. Die Literatur begründet dies teilweise aus einem Vergleich mit § 377 II Nr. 2 ZPO, vgl. Bruns, ZPR, Rdnr. 175 b; Bender-Belz-Wax, S. 26; dagegen Hahn, Kooperationsmaxime, S. 277.
- 229) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 279.
- 230) E. Schneider, MDR 1982, 237; ebenso Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (34 ff.); ders., ZPR, § 23 III 7; Baumann, Grundbegriffe, S. 49; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 107; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (222 Fn. 71); Zettel, S. 71.
- 231) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 76; Blomeyer, ZPR, § 14 II 1; Jauernig, ZPR, § 25 VIII 2; ders., Verhandlungsmaxime, S. 9 Fn. 13; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II 1; Baur in Rechtsschutz im Sozialrecht, S. 42, Fn. 19; Schellhammer, Arbeitsmethode, Rdnr. 58; Schönfeld, S. 183 ff. Vgl. dazu auch oben § 5 III 1, 2.
- 232) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 396, Anm. II; Thomas-Putzo, ZPO, § 396, Anm. 1.

IV. Die Verhandlungsmaxime im Prozeßablauf

1) Verfahrensablauf und Parteifreiheit

Zum Nachweis der Parteifreiheit im heutigen Zivilprozeß kann die oben (§ 3 I 1) gegebene Definition als Leitlinie dienen. Hierbei sind drei Punkte zu beachten:

- Die Parteien tragen den gesamten Streitstoff vor. Nur diesen kann das Gericht auch als Urteilsgrundlage verwerten.
- Die Parteien bestimmen die Beweisbedürftigkeit der einzelnen Tatsachen.
- Die Parteien treten - im Rahmen ihrer Beweislast - den Beweis an.¹

Vergleicht man dieses Verfahren einer reinen Verhandlungsmaxime mit dem geltenden Zivilprozeßrecht, so stellt sich eine Einschränkung nur im drittgenannten Punkt heraus.² Nur hier sind dem Richter Möglichkeiten amtswegiger Beweiserhebung eröffnet. Die Beweisbedürftigkeit bleibt zu beachten; diese können die Parteien weiterhin bestimmen.³ Zudem ist das Gericht zur Beweiserhebung von Amts wegen nur berechtigt, nicht aber verpflichtet. Die Geltung einer Untersuchungsmaxime ließe aber, wie Prütting⁴ treffend herausstellt, eine Verpflichtung erwarten. Nur so wäre die Aufklärung des wahren Sachverhalts sichergestellt.

Eine Berechtigung des Gerichts, von sich aus neue Tatsachen in das Verfahren einzuführen, besteht nicht.⁵ Hat der Richter von streiterheblichen Tatsachen Kenntnis oder ergeben sich solche Fakten gelegentlich der Beweisaufnahme, so dürfen diese nur mit Zustimmung der Parteien verwertet werden.⁶ Der Richter muß nach § 139 I ZPO vorgehen und einen entsprechenden Parteivortrag abwarten. Angesichts dieser Rechtslage geht es nicht an, von einer Durchbrechung bzw. Beseitigung der Parteifreiheit zu sprechen. Unser geltendes Zivilverfahren folgt

immer noch - von wenigen Ausnahmen abgesehen - den Regeln, die mit der Bezeichnung Verhandlungsmaxime belegt werden. Eine Verkehrung in ihr Gegenteil⁷ ist in der Möglichkeit beschränkt amtswegiger Beweisaufnahme nicht zu sehen.

Die Kritik am Verhandlungsgrundsatz folgt - vergrößert - dem nachgenannten Argumentationsschema:⁸ Angenommen die Verhandlungsmaxime gilt im Zivilprozeß, dann müssen die Parteien Herren des Verfahrens sein. Dies sind sie aber nicht uneingeschränkt. Dem Gericht kommen vielfache Pflichten und Obliegenheiten zum Tätigwerden zu. Die Parteimacht ist aber beschränkt, dies wiederum spricht gegen die Geltung der Verhandlungsmaxime.

Mit dieser vergrößerten Darstellung werden die Fehler der Argumentation deutlich:

- a) Die Verhandlungsmaxime wird zu einem Dogma der Befürworter erhoben, das diese nicht behaupteten.⁹ Aus der Maxime kann nicht die Lösung von Einzelfragen erreicht werden. Gerade dies wird aber unterstellt, versteht man die Maxime als Obersatz, dem sich das gesamte Verfahren unterzuordnen hat.
- b) Die vorgenannte Argumentation bedeutet weiter einen Rückfall in den Stand der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts. Das Gönnersche "nichts von Amts wegen" wird mit einer völligen Passivität des Richters gleichgesetzt; andererseits vermengt man Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatz, wenn zur Durchbrechung der Verhandlungsmaxime auf einzelne Mitwirkungsbefugnisse des Richters abgestellt wird. Auch v. Gönnner¹⁰ hat dem Richter Mitwirkungsbefugnisse zugestanden; er sah ihn nicht als Marionette in der Hand der Parteien, bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes. Aus jeder Mitwirkungspflicht oder -befugnis des Richters schließt man auf eine Durchbrechung der Parteiherrschaft, ohne die Beziehung der einzelnen Vorschrift zur Verhandlungsmaxime zu un-

untersuchen. Am deutlichsten tritt dies zu Tage, wenn von einer Einschränkung der Verhandlungsmaxime durch die Präklusionsvorschriften gesprochen wird.¹¹ Hiervon sind allenfalls der Dispositionsgrundsatz oder die Prozeßleitung betroffen.

- c) Als drittes ist in Anknüpfung an das Vorstehende den Kritikern vorzuwerfen, daß sie den Inhalt der Verhandlungsmaxime nicht klar abgrenzen. Es wäre zu fragen, wie ein von der Maxime beherrschter Prozeß ausgestaltet sein müßte. Auf diese Weise erheben sie das Nichtbestehen der Verhandlungsmaxime zum Dogma.

2) Verhandlungsmaxime und Verfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß die Parteien nicht unumschränkte Herren des Verfahrens sind. Sie können es auch nicht sein. Denn aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 III GG resultiert eine Fürsorgepflicht des Gerichts hinsichtlich des Prozeßverlaufs und -ergebnisses.¹² Die garantierten Elemente der Gerechtigkeit, des Rechts- und Sozialstaats sind auch für die Auslegung von Verfahrensordnungen¹³ von Bedeutung. Unser Grundgesetz geht vom Bild eines modernen Sozialstaats,¹⁴ im Gegensatz zum klassisch-liberalen Rechtsstaat,¹⁵ aus. Dies widerspiegelt sich in einer weitgehenden Eigenverantwortung in den Grenzen sozialer Verbundenheit.¹⁶

Es hat eine Wertentscheidung¹⁷ von einer ausgleichenden bis hin zur materiellen Gerechtigkeit getroffen. Der Eigenverantwortung des Einzelnen sind sozialstaatlich adäquate Grenzen gesetzt.¹⁸ Auch im Zivilprozeß muß daher ein angemessener Interessenausgleich gesucht werden,¹⁹ zwischen der Freiheit des einzelnen, seine Rechte selbst und eigenverantwortlich zu verfolgen und der Tatsache, daß der Staat die Prozeßmöglichkeit zur tatsächlichen Konfliktbereinigung anbietet, sowie dessen Kosten für die Allgemeinheit und den einzelnen. Ein solcher Ausgleich kann, was Schönfeld²⁰ treffend heraus-

stellt, durch den Gleichheitssatz des Art. 3 GG, durch die Harmonisierung von Rechts- und Sozialstaat erreicht werden, was der verfassungsrechtlichen Grundintention für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen,²¹ entspricht. Ausfluß dieser Verpflichtung ist, was bereits Franz Klein²² und C. F. Menger²³ forderten, die Schaffung von Waffengleichheit im Prozeß.

Das Sozialstaatsprinzip erlegt dem Gericht verschiedene Aufgaben auf, um die Unterlegenheit einer schwächeren Partei zu kompensieren. Gerade da der Prozeß sich als Massenerscheinung darstellt, muß sich die wirtschaftliche, intellektuelle und soziale Ungleichheit der Parteien umso stärker auswirken.²⁴ Gewandtheit im Umgang mit Behörden spielt eine ebenso wichtige Rolle, wie die wirtschaftliche Mächtigkeit, die es den Parteien erlaubt, "ihr Recht" bis in die letzte Instanz zu verfolgen.²⁵ Hier hat das Gericht helfend einzugreifen, im Gespräch die wechselseitigen Interessen der Parteien zu ergründen, diese auf die Folgen ihres prozessualen Verhaltens hinzuweisen, um so eine halbwegs reale Chancengleichheit herzustellen.²⁶ Völlige Chancengleichheit liegt ohnehin außerhalb des Erreichbaren.²⁷

Primärziel dieser Unterstützungshaltung ist die Bewältigung des Parteistreits, eine Verfälschung des materiellen Rechts im Wege des Prozeßrechts ist nicht zu vermeiden.²⁸ Von letzterem kann ohnehin keine Rede sein, wenn materielles Recht auf einen nicht der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalt angewandt wird. Das Recht als solches ist abstrakt; durch die Einzelfallanwendung wird es - unabhängig von der Richtigkeit des jeweiligen Sachverhalts - nicht verändert.

Die gerichtliche Hilfestellung kann bei Anwaltsprozessen oder bei anwaltlicher Vertretung modifiziert bzw. geringer sein.²⁹ Ein eventuell bestehendes Defizit an juristischen Kenntnissen bei der Partei kann durch die anwaltliche Beratung bereits ausgeglichen werden - zumindest sollte dem so sein.

Neben dem Geschilderten trüge der Richter aber auch Sorge, die Allgemeinheit nicht unzumutbar zu belasten. Dies kann durch

zu lange Prozeßdauer - um nur ein Beispiel zu nennen - geschehen, wodurch ein Anspruch Dritter auf Rechtsgewährung unvertretbar lange aufgeschoben werden kann. Der Richter hat also überall dort einzugreifen, wo es der Verschleppungsabsicht der Parteien entgegenzuwirken gilt. Hierfür stellt das Gesetz die Präklusionsvorschriften zur Verfügung.³⁰ Aber auch die Vorschrift des § 227 I ZPO ist hierher zu rechnen; die Parteien können nicht ohne weiteres die Vertagung eines anhängigen Rechtsstreits verlangen. Dieser soll vielmehr zügig zuende geführt werden. Insbesondere bei Anwendung der Präklusionsvorschriften ist aber zu sehen, daß dem materiellen Recht gerade nicht Genüge getan wird. In aller Regel läßt das Gericht einen entscheidungserheblichen Prozeßvortrag außer Betracht, fällt also sehen- den Auges ein nicht der wahren Rechtslage entsprechendes Urteil.

Aus all dem kann keine Beseitigung der Verhandlungsmaxime oder deren Durchlöcherung wie ein "Emmentaler Käse"³¹ entnommen werden. Ein reines "laissez faire, laissez aller" im Prozeß soll vermieden werden;³² eine "natürliche Selbstauslese" ist beseitigt. Die Erörterung der Sach- und Rechtslage beugt einem Prozeß als Geschicklichkeitsspiel der Parteien mit offenem Ausgang vor. Dennoch beeinträchtigen nicht alle der staatlichen Fürsorge entspringenden richterlichen Hilfestellungen die Freiheit der Parteien im Prozeß.³³ Ein "Kampf ums Recht"³⁴ findet, wenn auch in gewissen Grenzen, immer noch statt.

3) Richtermacht und Parteifreiheit

Mit der Forderung nach weiterer Stärkung der Richtermacht³⁵ wird unterstellt, daß eine daraufhin ergehende Novellierung als Fortschritt zu bezeichnen wäre. Doch kann sich der weitere Abbau von Parteibefugnissen i. S. einer sozialen Auffassung auch ins Gegenteil verkehren. Ein leuchtendes Beispiel hierfür liefert gerade die jüngere Geschichte. Die Stärkung der Richtermacht entspringt u. U. - wie die Zeit des Nationalsozialismus zeigt, - einer autoritären Staatsauffassung, statt Ausdruck der Sorge um die sozial Schwachen zu sein.³⁶

Dem sozialen Gedanken³⁷ ist mit der heutigen Verfahrensgestaltung ausreichend Rechnung getragen. Eine daraus resultierende Einschränkung der Parteimacht rechtfertigt noch nicht die Schaffung einer neuen Prozeßmaxime, einer Kooperationsmaxime.³⁸ Denn die Modifizierung der Verhandlungsmaxime ist zu gering, um die Notwendigkeit einer neuen Prozeßstruktur begründen zu können; andererseits ist eine neue Bezeichnung des alten Grundsatzes³⁹ aber überflüssig.⁴⁰

4) Ergebnis

Zusammenfassend bleibt zu sagen, daß auch heute die Parteien - von geringen Ausnahmen abgesehen - den Streitstoff beibringen, seine Beweisbedürftigkeit bestimmen und ihn unter Beweis stellen. Die Verhandlungsmaxime beansprucht damit weiterhin Geltung im Zivilprozeß.

Für unsere Fragestellung folgt daraus, daß die Parteien grundsätzlich einzelne Tatsachen der richterlichen Nachprüfung zu entziehen in der Lage sind (vorbehaltlich des noch zu prüfenden § 138 I ZPO). Sie können Tatsachen weglassen oder den Richter in der Beurteilung des Geschehensablaufs durch einvernehmlichen Vortrag binden.

Anmerkungen:

- 1) Ähnlich Prütting, NJW 1980, 361 (363).
- 2) Zur Frage der Einführung offenkundiger Tatsachen, wodurch der erstgenannte Punkt berührt sein könnte, vgl. unten § 7 III 2. Zum ganzen vgl. auch Hahn, Kooperationsmaxime, S. 292.
- 3) Siehe oben § 5 III 3, 4, 5.
- 4) NJW 1980, 361 (363).
- 5) Siehe oben § 5 III 3, 4, 5.

- 6) RGZ 151, 98; OLG Köln, MDR 1972, 233; LG Berlin, NJW 1978, 1061; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II 1; Brüggemann, iudex statutor, S. 425 ff.; a. M. Bernhard, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (35); Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (208); Zettel, S. 72.
- 7) So aber Gaul, AcP 168 (1968), 25 (50).
- 8) Siehe oben § 3 II 3, 4.
- 9) Statt aller Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 3; Esser, Grundsatz und Norm, S. 157.
- 10) Handb. I, S. 183; vgl. oben § 5 I.
- 11) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 100.
- 12) Vgl. Schönfeld, S. 104 ff.
- 13) BVerfGE 1, 97 (105).
- 14) Schönfeld, S. 105.
- 15) Dürig, JZ 1953, 193 (197); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 2 I, Rdnr. 25 Fn. 3.
- 16) Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat (1953).
- 17) Vgl. BVerfGE 7, 198 (205).
- 18) Vgl. Schönfeld, S. 107 ff.; Spellenberg, Kritik 5 (1973), 23 (35).
- 19) Schönfeld, S. 110.
- 20) S. 115 ff.
- 21) BVerfGE 35, 202 (335).
- 22) pro futuro, S. 19 ff.
- 23) Das Recht der besitzlosen Volksklassen, S. 34 ff.; vgl. auch Radbruch, Der Mensch im Recht, S. 14.
- 24) Schönfeld, S. 121 ff.; Spohr, S. 205.
- 25) Baumgärtel in: Humane Justiz, S. 17; Baur, Festschrift 500 Jahre Tübinger Juristische Fakultät, S. 159 (169); Bender, ZRP, 1974, 235.
- 26) Vgl. schon früher Radbruch, Der Mensch im Recht, S. 27 ff.; Henckel, Gerechtigkeitswert, S. 19; ders., Prozeßrecht, S. 131.
- 27) BVerfGE 9, 130.
- 28) So aber Schönfeld, S. 122.

- 29) Bergmann-Franke, FamRZ 1978, 744; vgl. auch BGH, NJW 1984, 310 m. abl. Anm. Deubner und Anm. Peters, JZ 1984, 192 und auch OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 395.
- 30) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97. Zum Verzögerungsbegriff vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 296, Anm. 2 m. w. N.
- 31) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97.
- 32) So Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 97.
- 33) Siehe oben § 5 III 1, 2, 6 und § 5 IV 1.
- 34) Bülow, AcP 62 (1879), 1 (88).
- 35) Baur, JZ 1957, 193 ff.; de Boor, Auflockerung (1939); Kisch, Judicium I, S. 1; Klein, pro futuro, S. 20; Menger, Das Recht der besitzlosen Volksklassen, S. 19 ff., 34 ff.; Peters, Staatsgedanke (1913); Radbruch, Der Mensch im Recht, S. 46; Rümelin, Rechtspolitik S. 26 und heute Bathe, S. 41; Boehmer, Grundlagen, S. 115; Bolla-Kotek, Festschrift für H. Schmitz, S. 413; Brüggemann, iudex statutor, S. 159; Hagen, ZZP 84 (1971), 385 (388); Henckel, Gerichtigkeitswert, S. 19 ff.; ders., Prozeßrecht, S. 145 ff.; Langer, JZ 1977, 376 ff.; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 49 ff. Vgl. auch E. Schneider.
- 36) Vgl. E. J. Cohn, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, S. 31 (32 ff.); vgl. weiter Geoffrey C. Hazard Jr., S. 712 ("In this perspective, the contribution of civil justice to all social justice is diffuse, microcosmic and dull").
- 37) Diesen betonte bereits R. Schmidt, ZPR, S. 4.
- 38) So aber Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 109.
- 39) Bettermann, JBl 1972, 57 ff. und jetzt auch Stürner, Festschrift für Baur, S. 647 (657 ff.); mißverständlich auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 4.
- 40) Jauernig, ZPR, § 25 VIII; vgl. auch Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 82.

§ 6 Prozeßzweck und WahrheitspflichtI Vorbemerkung

Das vorher gewonnene Ergebnis, die Parteien seien Herren des Streitstoffes, bedarf noch einer Rechtfertigung in anderer Richtung. Noch nicht berücksichtigt wurde, daß gegen das bisherige Ergebnis eingewendet wird, der Zweck des Zivilverfahrens führe zu einer modifizierten Betrachtungsweise. Zweck und Verfahrensgrundsätze stünden zueinander in Wechselwirkung. Die Maximen hätten nur "instrumentalen Charakter", da sie der Verwirklichung des Prozeßzwecks dienten; deren Inhalt werde wesentlich vom Zweckverständnis mitgeprägt.¹

Im besonderen hat unsere Aufmerksamkeit der Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO zu gelten. Zu untersuchen ist, inwieweit diese als "oberster Maßstab der Prozeßgesetze"² angesehene Verpflichtung Einfluß auf den Prozeßzweck hat, ja inwieweit sie selbst Zweck des Zivilverfahrens ist. Versteht man die Verpflichtung des § 138 I ZPO als Pflicht der Parteien zu wahrheitsgetreuem Vortrag auch gegenüber dem Gericht,³ so kann man schwerlich noch von einer Parteiheerrschaft i. S. der Verhandlungsmaxime sprechen.⁴ Der Schritt zur Untersuchung wäre nur ein reiner Formalismus. Die Wahrheitspflicht bedingte, daß das Gericht jedweden Parteivortrag auf Wahrheit und Vollständigkeit überprüfen könnte und müßte. Diese Überprüfung gestaltete sich aber als Untersuchung: Das Gericht könnte sich ergebende neue Tatsachen nicht selbst in den Prozeß einführen, die Parteien wären aber gem. § 138 I ZPO gehalten diese vorzutragen. Allein dieser Umweg rechtfertigte nicht, von einer Verhandlungsmaxime und - gleichbedeutend - von einer Parteimacht im tatsächlichen Bereich zu sprechen. Nur die erste Stufe des Maximeninhalts (s. o. § 5 IV 1) bliebe erhalten und selbst diese stünde im wesentlichen nur auf dem Papier.⁵

In diesem Abschnitt gilt es zu untersuchen, ob der Zivilprozeß eine bestimmte Zweckrichtung verfolgt und gegebenenfalls welche. Sollte sich eine Zweckbestimmung ergeben, so ist deren Verhältnis zur Wahrheitspflicht zu betrachten. Daraus kann dann auf den Umfang der Parteiherrschaft über Tatsachen geschlossen werden.

Anmerkungen:

- 1) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 4; a. M. Hahn, Kooperationsmaxime, S. 77, der eine Legitimation des Prozeßzwecks unmittelbar aus dem Gesetzestext - leider ohne weitere Begründung - verneint. Zutreffend hat aber bereits Stürner, Aufklärungspflicht, S. 49, den Zweck des Verfahrens aus der Prozeßstruktur deduziert.
- 2) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (32); ders., JZ 1963, 245; ders., DJZ 1936, 1404; ders., DCWR 1936, 70; ders., ZPR, § 33 II; Bomsdorf, S. 249; Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 222; Staab, S. 48; vgl. auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138, Anm. 1 D; 2 A; Wieczorek, ZPO, § 288, Anm. A I, II.
- 3) So Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (13 ff.).
- 4) Anders Bernhardt, ZPR, § 23 I; ders., Festschrift für Rosenberg, S. 9 (13 ff.).
- 5) So F. v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 148. Die Unvereinbarkeit einer so verstandenen Wahrheitspflicht mit der Parteiherrschaft sieht auch Grunsky, Grundlagen, § 19 V; differenzierend Lang, VerwArch 52 (1961), 60 (73); Schönfeld, S. 152.
- 6) Dazu unten § 7. Zweifel an der Eignung des Prozeßzweckbegriffs als wissenschaftlichen Terminus und damit seiner Eignung zur Lösung einzelner Bezugsfragen äußern Jauernig, JuS 1971, 330; Stahlmann, S. 58; kritisch auch Bathe, S. 10 ff.; Arens, ZZP 96 (1983), 1. Dabei wird aber größtenteils übersehen, daß gerade diese Begriffsbestimmung dazu verhilft, dem Prozeß seinen Eigenwert zu geben und sein prozessuales Selbstverständnis zu begründen (vgl. nachfolgend § 6 II).

II Notwendigkeit eines Prozeßzweckes

Eine Verneinung eines irgendwie gearteten Prozeßzweckes vertreten F. Stein¹ und F. v. Hippel.²

Stein sah im Prozeß nur das technische Recht, bar jeden Ewigkeitswerts und von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht. Einen einzelnen, geschweige denn einen stets gültigen Prozeßzweck vermochte er nicht zu erkennen.³

Nach v. Hippels Argumentation stellt der Prozeß "keine zielstrebige Einheitsexistenz, kein Subjekt, sondern ein Schlagwort zur Bezeichnung eines ganzen Aufgabengebiets, nämlich des Problems auf Liquidierung" dar. "Gegenüber der Fülle der zu regelnden verschiedenartigen Sachlagen" gebe es "auch kein Einheitsrezept, das man durch solche Begriffsbestimmungen vorwegnehmen und verbindlich machen könnte".⁴ Daher sei es besser, die Frage nach dem Prozeßzweck aufzugeben. Es müsse auf verschiedenartige soziale Lagen abgestellt werden, um die im Prozeß gestellten Aufgaben zu bewältigen. Diese Aufgaben würden aber durch den Streit um den Prozeßzweck verdeckt. Die Zweckangaben seien daher nur "dürftige Allgemeinschilderungen des Wirklichen und anderweit zu Erforschenden". Sie machten nur auf gewisse typische Interessen aufmerksam. Nur insoweit käme ihnen auch Bedeutung zu. Eine Lösung von Einzelfragen sei aus ihnen hingegen nicht möglich.⁵ Ein weitergehender Prozeßzweck sei ein "pseudo - metaphysisches Einheitsdogma".⁶

Abgesehen von der eigenen Widersprüchlichkeit kommt v. Hippel⁷ selbst nicht ohne Zweckaussage aus. Eine widerspruchsfreie Rechtsordnung erfordere, daß nicht nur vom einzelnen deren Einhaltung verlangt werde. Auch müsse sichergestellt sein, daß dies im richtigen Rechtsgang überprüft werden könne.⁸ "Die Wahrheitspflicht folgt mit Notwendigkeit aus dem Prozeßzweck,⁹ der Pflege des Rechts".¹⁰ Nicht zuletzt aus diesem Grund hat v. Hippels Lehre vielfältig Widerspruch erfahren.¹¹

Damit ist gleichzeitig die Lehre vom fehlenden Prozeßzweck widerlegt. Der Prozeß ist kein rein technischer, zweckfreier Raum, kein bloßer Automat, der nur auf Einzelfälle reagiert. Vielmehr wird ein bestimmter Zweck oder mehrere Zwecke verfolgt, wenn den Parteien zur Rechtsverwirklichung das Prozeßverfahren zur Verfügung gestellt wird.

Anmerkungen:

- 1) Grundriß, 1. Aufl., Vorwort S. XIV.
- 2) Wahrheitspflicht, S. 170 ff.
- 3) Hiergegen E. Schneider, MDR 1977, 353 (355); vgl. auch BVerfGE 42, 64.
- 4) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 171, Fn. 13; Hervorhebung im Original.
- 5) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 172 (Fortsetzung Fn. 13).
- 6) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 170 ff.
- 7) v. Hippel (Wahrheitspflicht, S. 432) bezeichnet die Zweckdefinitionen als "richtig", doch "bei Licht besehen" hätten sie "gar nichts Verpflichtendes und Anwendbares" auszusagen.
- 8) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 38, 154 ff.
- 9) Hervorhebung vom Verfasser.
- 10) Wahrheitspflicht, S. 155, Fn. 9, wo er diesen Satz Hellwigs, ZPR II, S. 44, unbeanstandet übernimmt.
- 11) Schönke-Schröder-Niese, ZPR, S. 15, Gaul, AcP 168 (1968), 27 (33 ff.); Laumen, S. 69 ff.; Redeker, Verhandlungen zum 44. DJT, Hannover 1962, Bd. II, E 31, 39; Rimmelpacher, Prüfung von Amts wegen, S. 16 ff.; Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 3, Fn. 1.

III Meinungsstand

1. Die Meinung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Schon das RG hat eine Interpretationsformel des Prozeßzweckes aufgestellt: "Die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung" sollen "nicht die Rechtsverfolgung erschweren, nicht Hindernisse schaffen ... , an denen die materiellen Rechte der einen oder anderen Partei zum Scheitern gebracht werden, sondern im Gegenteil den Verfahrensweg weisen, auf dem in zweckmäßigster und schnellster Weise ein Rechtsstreit seiner sachlichen Entscheidung zugeführt wird. Das materielle Recht soll und darf unter der Herrschaft der Prozeßvorschriften nicht oder doch möglichst wenig leiden".¹ Damit setzte sich die rückblickende Feststellung freier Auslegung von Form- und Muß-Vorschriften unter der Behandlung der ZPO als Zweckmäßigkeitsverfahren² fort. Das Zivilverfahren wurde zwar nicht in der reinen technischen Hilfsrolle gesehen.³ Das Augenmerk galt jedoch der Durchsetzung materiellen Rechts;⁴ den Verfahrensnormen kam nur Hilfsfunktion zu.

Diese später mehrmals vom Reichsgericht bestätigte⁵ Rechtsprechung wurde vom Bundesgerichtshof übernommen, wenn er ausführt, der Zivilprozeß habe die Verwirklichung materiellen Rechts zum Ziele; die für ihn geltenden Vorschriften seien nicht Selbstzweck, sondern Zweckmäßigkeitsnormen, gerichtet auf eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits.⁶ Allerdings wurde diese von der Literatur⁷ überwiegend positiv aufgenommene Rechtsprechung vom BGH in der Folgezeit zusehends aufgeweicht.

So bestätigte der BGH⁸ eine vom RG⁹ getroffene Entscheidung, die bereits eine Umkehr der Rechtsprechung unter nationalsozialistischem Einfluß zeigte. Die Entscheidung des RG vom 15.05.1936 erging zur Frage der Formenstrenge bei Unterschriften von bestimmenden Schriftsätzen. Dort wurde ausgeführt, wenn auch die Prozeßvorschriften nicht Selbstzweck seien, sondern der Findung und der Verwirklichung sachlichen Rechts dienten, so stehe über dieser Aufgabe das höhere Ziel der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit zum Wohle der Volksgemeinschaft. Die Diskussion um die Wahrheitspflicht bis zur Novelle 1933,¹⁰ vermischt mit nationalsozialistischer Betonung der Volksgemeinschaft,¹¹ zeitigte hier erste Früchte.

Abweichend hiervon setzte der BGH den Zweck in einer Entscheidung zum Rechtsschutzbedürfnis¹² und, davon abermals abweichend, in einer Entscheidung zum Problem Rechtskraft und gute Sitten,¹³ wieder anders.

Im ersten Fall versuchte er, subjektiven Interessen der Prozeßparteien - insbesondere des Klägers - gerecht zu werden. Er sah nicht nur einen einzigen, sondern mehrere Prozeßzwecke. Diese sollten in der Sicherung des Rechtsfriedens und der Bewährung des objektiven Rechts durch Schutz subjektiver Rechte liegen.

Während im vorgenannten Urteil noch eine Einordnung der subjektiven Rechte des Klägers bezweckt war, spielten in der anderen Entscheidung¹⁴ diese gar keine Rolle mehr. Das Gericht ließ eine Durchbrechung der Rechtskraft aus Gesichtspunkten des § 826 BGB zu. Es führte dazu aus, "der Grundsatz der Rechtskraft, der dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit" diene, müsse "dem höchsten Zweck der Rechtspflege, Gerechtigkeit zu wirken", weichen. Mit dieser Formulierung hat der BGH alle bisherigen Aussagen zum Prozeßzweck in Frage gestellt.

Während das RG¹⁵ nur eine weitgehende Verwirklichung des materiellen Rechts anstrebte, muß dieser Anspruch vom BGH als absolut erstrebt betrachtet werden. Dagegen haben Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, im Urteil LM Nr. 3 zu § 518 I ZPO noch hoch apostrophiert, der Gerechtigkeit zu weichen. Angesichts dessen ist daran zu zweifeln, ob eine subjektive Komponente noch Berücksichtigung findet. Das Ziel, Gerechtigkeit um jeden Preis zu erreichen, läßt befürchten, daß Individualinteressen hintangestellt werden. Denn die materielle Gerechtigkeit muß nicht notwendig mit dem individuell Erstrebten übereinstimmen.

2. Der Meinungsstand in der Literatur

a) Beginn wissenschaftlicher Befassung mit dem Prozeßzweck

Die Frage nach dem Zweck des Prozesses wurde bereits im frühen 19. Jahrhundert gestellt.¹⁶ Die Äußerungen dieser Autoren machen aber deutlich, daß mehr der Klagezweck, denn der Prozeßzweck,

im Vordergrund steht. Die Formulierung von "dem im Recht Ge-kränkten"¹⁷ läßt den Kläger als den Guten und Berechtigten erscheinen; es gilt den bösen Rechtsbrecher, den Beklagten, in seine Schranken zu verweisen,¹⁸ eine Betrachtungsweise, die noch dem heute umstrittenen Celsinischen Aktionenbegriff entsprach: "Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi."¹⁹

Ein Aufbau der Zweckbestimmung auf objektiver Grundlage wird erstmals von Wach²⁰ betont. Es sollen nicht die subjektiven Vorstellungen der Klagepartei maßgeblich sein.²¹ Aus diesem entwickelte er dann einen Rechtsschutzanspruch.²²

b) Der Streit nach heutigem Stand

Im heutigen, letztlich auf Wach zurückgehenden Meinungsstand steht die These, die Feststellung der Wahrheit sei nicht Zweck des Zivilprozesses, sondern nur ein zufälliges Resultat,²³ im Mittelpunkt. Diese These hat Wach in der 2. Auflage seiner Vorträge²⁴ nicht in der Schärfe, doch aber dem Aussagegehalt nach aufrechterhalten, wenn er ausführt, "die Feststellung der Wahrheit" sei "nicht Ziel des Prozesses und kann es nicht sein. Sie" sei "sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat." Damit schuf er in den Augen seiner Kritiker eine "formelle" Wahrheit, die keine Entsprechung im Gesetz fand. Mit der Novelle 1933 sahen sie sich in ihrer gegenteiligen Auffassung bestärkt; mit der Einführung der Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) sollte die "materielle" Wahrheit als oberster Grundsatz des Zivilverfahrens anerkannt sein.²⁵

Damit ist noch nicht gesagt, daß Wahrheitsfindung einen Zweck des Zivilverfahrens - geschweige denn den einzigen - darstellt. Die hierzu vertretenen Auffassungen sind äußerst kontrovers.²⁶ So ist schon umstritten, ob nicht mehrere Prozeßzwecke anzuerkennen seien.

Als alleinigen Prozeßzweck nennt Goldschmidt²⁷ die Herbeiführung von Rechtskraft, Niese²⁸ die Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Schönke²⁹ glaubt, die Wahrung des Rechtsfriedens werde erstrebt. Andere sehen den Sinn des Verfahrens darin, das Recht im konkreten Fall festzustellen³⁰ oder die Rechtsausübung zu gewährleisten.³¹

Gerade aber in neuerer Zeit wird eine schwerpunktlose Kumulierung verschiedener Einzelzwecke vertreten.³² Das Zivilverfahren solle mehrere Ziele, abgestuft oder nebeneinander, vom Schutz subjektiver Rechte, über die Einhaltung von Rechtsfrieden, bis hin zur Bewährung des objektiven Rechts und der Rechtsfortbildung verfolgen.

Es kann nicht Aufgabe dieser Darstellung sein, die Vielfalt der zum Prozeßzweck vertretenen Auffassungen abschließend zu erfassen und zu würdigen. Dennoch ist zur weiteren Untersuchung, inwieweit die Wahrheitspflicht die Diskussion beeinflußt hat bzw. selbst Prozeßziel ist, eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Prozeßverständnissen unumgänglich. Doch treten bereits hier die Schwierigkeiten auf, die Meinungsvielfalt zu klassifizieren. Nicht geeignet erscheinen die Modelle v. Mettenheims,³³ der zu sehr die staatliche Rechtspflegeaufgabe im Vordergrund sieht und dadurch den Konflikt unter den Parteien vernachlässigt, sowie E. Schmidts,³⁴ dessen Einteilung in "formelle" und "materielle" Rechtsschutzziele willkürlich erscheint.

Sinnvoller erscheint es mit Rimmelspacher³⁵ das Spannungsverhältnis der einzelnen Partei gegenüber den Allgemeininteressen zum Angelpunkt einer Einteilung zu machen. Eine stärkere Betonung von Individuum oder der Gemeinschaft führt jeweils zu einer Akzentverschiebung des Prozeßverständnisses.

Mit dieser Unterscheidung sind im wesentlichen drei Gruppen einer Prozeßsicht angesprochen, die nachfolgend dargestellt werden sollen. Zum einen ist dies die liberale, das Individualinteresse betonende Auffassung (nachfolgend (1)), daneben das soziale, auf Gemeinschaftswerte abstellende Prozeßverständnis (nachfolgend (2)). Als drittes ist ein soziologisches Verständnis festzustellen, das sich nicht unmittelbar aus der getroffenen

Einteilung ergibt. Von diesem wird weniger das Ziel des Verfahrens herausgestellt, als vielmehr dessen Folge, was es zu leisten imstande ist (nachfolgend (3)).

(1) Die liberale Prozeßauffassung

Diese Auffassung stützte sich auf die Verfahrensgestaltung in der RCPO (1877). Die Parteien galten als "Herren des Verfahrens". Sie bestimmten Beginn und Ende des Prozesses und dessen Fortgang.³⁶ Das Zivilverfahren diene allein ihrer Rechtsdurchsetzung. In diesem Sinne ist Wachs Bemerkung zu verstehen, Prozeßzweck sei die Wahrung der Gerechtigkeit durch gerichtliche Übung.³⁷ Gerechtigkeit wird nicht mit materieller Gerechtigkeit gleichgesetzt, wie dies heute oftmals der Fall ist. Mit Blickrichtung auf das Individuum, die Parteien, setzte er Gerechtigkeit und subjektiven Rechtsschutz gleich. Diese Gerechtigkeit war schon erreicht, wenn das Gericht ein Urteil nach dem vorgetragenen Sachverhalt fällte.³⁸ Eine Übereinstimmung des Sachvortrags mit dem wahren Geschehen wurde nicht verlangt.

Noch heute wird diese Meinung, wenn auch z. T. in etwas modifizierter Form, von vielen Autoren vertreten. Sie betonen die Individualinteressen der Parteien; primär gelte es, den unter ihnen bestehenden Konflikt zu lösen. Demgegenüber habe die staatliche Institution "Prozeß" zurückzutreten. Nur im tatsächlichen Parteistreit sei der Rechtsfrieden gestört und nur dort dürfe das Gericht folglich entscheiden.³⁹

Von anderen wird die starke Betonung des Individualrechtsschutzes relativiert, indem man dadurch zugleich die Bewährung des objektiven Rechts erreichen will.⁴⁰ Der Zivilprozeß diene daneben der Verhinderung von Selbsthilfe. Insoweit bestehe auch ein Allgemeininteresse an einer Prozeßmöglichkeit, dem nur dann Rechnung getragen ist, sofern Rechtsfrieden hergestellt werden kann.⁴¹ Dann müsse neben der Streitschlichtung auch eine weit-

gehend dem materiellen Recht entsprechende Entscheidung ergehen. Individualrechtsschutz und Rechtsbewährung werden als verschiedene, sich gegenseitig bedingende⁴² Seiten einer Medaille angesehen.⁴³

(2) Das soziale Prozeßverständnis

Mit den frühen Angriffen gegen die Verhandlungsmaxime ging eine Wandlung in den Prozeßzweckbetrachtungen einher. Die Durchsetzung des materiellen Rechts sollte gefördert werden. Gesetz und Gerechtigkeit wird gleichgesetzt. Rechtsbewährung wäre nur denkbar, wenn über den wahren Sachverhalt entschieden wird.⁴⁴ Eine Tatsachendisposition der Parteien mußte daher naturgemäß zu einer Verdrehung eines gerechten Urteils führen. Weder Rechtsschutz noch Rechtssicherheit wären damit erreichbar. Die Wahrheitsermittlung wird als überragender⁴⁵ oder doch zentraler⁴⁶ Prozeßzweck angesehen.⁴⁷

Diese Auffassung betonte die "Sozialbindung des Rechtsschutzes,"⁴⁸ die ein Zurechtstutzen des Sachverhalts durch die Parteien verbietet.⁴⁹ Der einzelne sei in die Gesellschaft eingebunden und könne in ihr nicht rücksichtslos seine eigenen Interessen verfolgen, ohne auf die Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Dem Prozeß als Wohlfahrtseinrichtung des Staates sei nur dann Rechnung getragen, wenn das Gericht nicht über einen illusionären Sachverhalt entscheiden müsse.⁵⁰

Die Wahrheitsermittlung wird dabei nicht als einziger Prozeßzweck angesehen. So vertritt u. a. Bernhardt⁵¹ eine schwerpunktlose Kumulierung verschiedener Zwecke unter dem obersten Prinzip der Wahrheitsfindung.⁵²

(3) Das soziologische Prozeßverständnis

Die bisher erwähnten Zweckbetrachtungen richteten sämtlich den Blick auf das Ende des Verfahrens. Der Prozeß als zeitlich-dynamischer Vorgang⁵³ ist auf ein bestimmtes Endziel gerichtet, sei dies nun Gewährung von Rechtsschutz, Herstellung von Rechts-

frieden o. ä. Dieses auf Goldschmidt⁵⁴ zurückgehende Verständnis hat den Soll-Zustand des Zivilprozesses im Auge; was soll der Prozeß erreichen?

Daraus wird verständlich, weshalb die Beschäftigung mit den erstrebten Ergebnissen eine hervorragende Position einnimmt. Insbesondere die Frage, weshalb ein der materiellen Rechtslage widersprechendes Urteil Geltung beanspruchen können soll und vollstreckbar ist, spielt dabei eine besondere Rolle.⁵⁵

Einen davon verschiedenen Ansatzpunkt wählt die soziologische Prozeßauffassung, die auf den Ist-Zustand des Prozesses abstellt; gefragt wird, was der Prozeß tatsächlich erreicht. Die eingehendste Darstellung dieser Betrachtungsweise findet sich bei Luhmann.⁵⁶ Er liefert eine in sich geschlossene systemtheoretische Bewältigung dieses Fragenkomplexes, weswegen seine Aussagen exemplarisch kurz skizziert werden sollen:

Ein innerprozessuales System, das auf eine Entscheidung gerichtet ist, kann entweder nur deren Richtigkeit oder die Lösung aller auftretenden Probleme garantieren. Beides miteinander ist unvereinbar.⁵⁷ Der Zivilprozeß muß alle zwischen den Parteien bestehenden Probleme einer Lösung zuführen, damit kann er nicht die Richtigkeit seiner Entscheidungen gewährleisten. Zweck des Verfahrens ist die bloße Konfliktsbewältigung; diese absorbiert Enttäuschungen und Frustrationen und strukturiert, bedingt durch den richterlichen Machtanspruch und das Rollenverhalten der Parteien, die Erwartungen um. Damit wird die Voraussetzung für die Abnahmebereitschaft hinsichtlich des Urteils geschaffen.⁵⁸

Anmerkungen:

- 1) RGZ 105, 422 (427) (Urteil vom 08.12.1922).
- 2) RGZ 102, 276 (278); vgl. auch RGZ 141, 350; RGZ 129, 33 (34). Eine Rückkehr zur Formenstrenge vollzog RGZ 147, 316 (unten) unter dem Einfluß der neuen Bestimmungen der Novelle 1933.

- 3) So Stein, Grundriß, 1. Aufl., Vorwort, S. XIV. Vgl. auch Ihering, Geist des römischen Rechts, III/1, S. 15 (18); Unger, System, § 112; Gilles, JuS 1981, 402.
- 4) Diesen Aspekt betonen auch neuere BGH-Entscheidungen (vgl. BGHZ 75, 138 (142); BGHZ 76, 133 (136); BGH, NJW 1983, 822 (824); auch BVerfGE 55, 72 (85)), die im Zusammenhang mit den Präklusionsvorschriften ergangen sind. Trotz dieser gegen materielle Gerechtigkeit sprechenden Normen soll - mit Hilfe "restriktiver eng begrenzter Anwendung" - weitgehend auf eine materiell gerechte Entscheidung geachtet werden.
- 5) Vgl. RGZ 106, 264, 267; RGZ 123, 204; RGZ 150, 357 (363); RGZ 154, 299 (302).
- 6) BGHZ 10, 350 (359). Ähnlich BGHZ 15, 142 (144); BGHZ 18, 98 (106); BGHZ 34, 53 (64), wobei aber in den letzten Urteilen statt "sachliche Entscheidung" der Terminus "richtige Entscheidung" steht.
- 7) Blomeyer, ZPR, § 2 IV; Rosenberg, ZPR, § 8, 2; Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 18. Aufl., Einl. vor § 1, Anm. F I 2; zurückhaltender 19. Aufl., Einl., Anm. M III 2 c; vorsichtig Gaul, AcP 168 (1968), 27 (38); kritisch Karl Blomeyer, ZZP 66 (1953), 158 (161).
- 8) BGH, LM Nr. 3 zu § 518 I ZPO.
- 9) RGZ (GS) 151, 82 (85 ff.).
- 10) Vgl. dazu Brehm, S. 160 ff., der einen hervorragenden Überblick über den Stand und die Hintergründe der Diskussion bietet.
- 11) Vgl. die Argumentation bei Bernhardt, DGBR 1935, 70 ff.; Kisch, DR 1936, 8 ff.; ders., DJZ 1936, 913; Lent, ZAkDR 1936, 20 ff.
- 12) BGHZ 10, 333 (336).
- 13) BGH, NJW 1951, 759; vgl. dazu BGHZ 40, 133 m. Anm. Gaul, wo eine Zusammenstellung der Rechtsprechung zu finden ist; einschränkend bereits wieder BGH, NJW 1964, 1277; BGH, NJW 1964, 1672 (1673).
- 14) NJW 1951, 759.
- 15) RGZ 105, 422 (427).
- 16) v. Gönner, Handb. I, S. 120; Heffter, System, S. 2; Wetzell, System, S. 2, 36; v. Savigny, System I, S. 23 (24).
- 17) Wetzell, System, S. 2.

- 18) Gaul, AcP 168 (1968), 27 (43).
- 19) Dig. 44, 7, 51, Ähnlich heute noch Henckel, Prozeßrecht, S. 63, der Rechtsausübung als ein klägerorientiertes Moment in den Vordergrund stellt.
- 20) Handb., § 1, S. 3 - 12.
- 21) Die Bezeichnung als "metaphysische Betrachtungsweise" (Wach, Handb., S. 7 Fn. 7; ders., ZZP 32 (1904), 1 (5 ff.)), setzte ihn erheblicher Kritik aus. (vgl. Bülow, ZZP 31 (1903), 191 (227, Fn. 2); Kohler, ZZP 33 (1905), 211 (214 ff.)). Zum Ganzen vgl. Gaul, AcP 168 (1968), 27 (43 ff.).
- 22) Wach, ZZP 32 (1904), 1 ff.
- 23) Vorträge, 1. Aufl., S. 149.
- 24) Vorträge, 2. Aufl., S. 199.
- 25) Bathe, S. 39; Bernhardt, ZPR, S. 3; ders., JZ 1963, 245; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 26) Vgl. zum Prozeßzweck allgemein Bernhardt, ZPR, § 1, 1; Blomeyer, ZPR, § 1 II; Jauernig, ZPR, § 1; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 1 II; Gaul, AcP 168 (1967), 27 ff.; Grunsky, Grundlagen, § 1 II; Jauernig, JuS 1971, 329; Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.
- 27) Prozeß, S. 151, 503 (Fn. 2658); ebenso Scholz, Rechtssicherheit, S. 78. Zur Kritik vgl. Gaul, AcP 168 (1968), 27 (56); Laumen, Rechtsgespräch, S. 71; Mes, Rechtsschutzanspruch, S. 95; Rimmelpacher, Prüfung von Amts wegen, S. 15 ff.
- 28) Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 16, 19.
- 29) AcP 150 (1950), 216 (218, 222); kritisch Melissinos, S. 32 ff.
- 30) Pawlowski, ZZP 80 (1967), 345 (368). Zust. Fezer, Funktion, S. 28. Vgl. auch Bülow, Gesetz und Richteramt, S. 3, 45, 47; Binder, Prozeß und Recht, S. 12, 104 ff. 324. Als einen von mehreren Zwecken wollen Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 10; Blomeyer, ZPR, § 1 I 4; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 1 II; Pagenstecher, Materielle Rechtskraft, S. 144, 217; Pohle, Festschrift für Lent, S. 195 (203); Schumann, Festschrift für Böttcher, S. 289 (319), Zettel, S. 150 die Schaffung von Rechtsgewißheit ansehen.
- 31) Henckel, Prozeßrecht, S. 64.
- 32) Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III; Bruns, § 1 II 4; Jauernig, ZPR, § 1 II; auch Melissinos, S. 33 ff. Eine wechselnde Abstufung vertritt Laumen, Rechtsgespräch, S. 87 ff. Vgl. auch Gottwald, ZZP 95 (1982), 245 ff.

- 33) Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß (1968), S. 19 ff. Kritisch dagegen Hahn, Kooperationsmaxime, S. 66, der dies als "naiven Optimismus" bezeichnet.
- 34) Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie (1973), S. 13 ff.
- 35) Materieller Anspruch, S. 2
- 36) Vgl. dazu ausführlich Damrau, S. 4, 36, 179, 286, 393, 386, 525.
- 37) Wach, Handb., § 1 II, S. 6.
- 38) Wach, Handb. § 1 II, S. 6 ff.; vgl. auch Geib, S. 7; Klein, Zeit- und Geistesströmungen, S. 18, der dies beklagt.
- 39) Braun, S. 40; Bülow, Geständnisrecht, S. 230 (243); v. Canstein, Zweck, S. 34; Francke, S. 44 ff.; Grunsky, Grundlagen, § 20 I; Hagen, ZZP 84 (1971), 385 ff.; Henckel, Gerechtigkeitswert, S. 22 ff.; ders., Prozeßrecht, S. 61 ff.; Jauernig, JuS 1971, 329 (331); Knecht, S. 81 ff.; v. Mettenheim, Prozeßökonomie, S. 22; H. Müller, S. 50 ff.; Nikisch, § 50 II; Thieme, S. 44 ff.; Wildhagen, ZZP 60 (1936/37), 159 (181 ff.); Würthwein, S. 52 ff.
- 40) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 10; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III; Baur in: summa ius, S. 97 (175); Gaul, AcP 168 (1968), 27 (46 ff.); Leipold, Grundlagen, S. 117; Löwisch, Deliktsschutz relativer Rechte, S. 126 ff.; Melissinos, S. 33 (40); Raiser in: summa ius, S. 145 ff.; ablehnend Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 10.
- 41) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 7 ff.; Melissinos, S. 32 ff.; Rimmelpacher, Prüfung von Amts wegen, S. 21.
- 42) Rosenberg-Schwab, § 1 III 2; Henckel, Prozeßrecht, S. 57; Rimmelpacher, Prüfung von Amts wegen, S. 23; Zettel, S. 152. Ähnlich auch BVerfG, JZ 1979, 597, das mit einer Anerkennung von parteilichen Tatsachendispositionen auch die relative Wahrheitsfindung unbeanstandet läßt.
- 43) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III 2; Gaul, AcP 168 (1968), 27 (46 ff.); Münzberg, AcP 168 (1968), 392; Pohle, Festschrift für Lent, S. 19 ff.; Pawlowski, ZZP 80 (1967), 347; Ähnlich Schulte, S. 1.
- 44) Vgl. z. B. Bernhardt, ZPR, S. 3 ff.; ders., Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245; Cohn, Festschrift für v. Hippel, S. 41 ff.; Gaul, AcP 168 (1967), 27 (49); Göbel, Prozeßzweck, S. 75; Jaquet, Wahrheit und Wahrheitspflicht, 1957; Münter, Wahrheitspflicht und Geständniswirkung, 1953; Sauer, S. 73, 105, 138, 155; E. Schmidt, Zweck

- S. 34 ff.; Sperl, Festschrift für Klein, S. 15 (46 ff.); Sonnen, S. 8; Wieczorek, ZPO, § 290, Anm. A II cc; Vollkommer, ZZP 81 (1968), 102 (107); Blomeyer, ZPR, § 18 I.
- 45) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245; Wieczorek, ZPO, § 290, Anm. A II cc.
- 46) KG, NJW 1967, 115 (116); Hassold, Voraussetzungen S. 78 ff.; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 16; Pagenstecher, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 73, 105, 155. Sauer, S. 73, 105, 138, 155; Sperl, Festschrift für Klein, S. 15 (46 ff.); Sonnen, S. 8. Ebenso Olzen, ZZP 98 (1985), 403 (419 ff.).
- 47) Zur Wahrheitspflicht siehe nachfolgend V.
- 48) So bereits Klein, Zeit und Geistesströmungen, S. 25; Pollak, S. 82; v. Canstein, Zweck, S. 38 ff.; später Bernhardt, ZPR, S. 3; E. Schmidt, Zweck, S. 31 ff.; ders., DuR 1979, 317 ff. Eine Betonung des Sozialbezuges findet sich ferner bei Baur, Festschrift für Weitnauer, S. 247 (255); ders., JZ 1957, 193; Arndt, NJW 1967, 1585; Bathe, S. 13 ff.; Bettermann, JBl 1972, 63; Fuld, SCBl 1893, 109; Habscheid, Festschrift für Ekelöf, S. 283; Hagen, ZZP 84 (1971), 385; ders., Prozeßlehre, S. 46 ff.; Hahn, Kooperationsmaxime, S. 77 ff.; Stahlmann, Theorie, S. 75 ff.; ders. in: Pieper-Breunung-Stahlmann, S. 87 ff.; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (1978); ders., RuP 1974, 105; ders., RuP 1977, 136 ff.
- 49) Bernhardt, JZ 1963, 245; Bathe, S. 39; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 50) Bernhardt, JZ 1963, 245 (246); gegen ihn Würthwein, S. 52.
- 51) ZPR, § 1.
- 52) Ebenso stehen Zettel, S. 152, und Melissinos, S. 32 ff. einer Bildung eines Stufenverhältnisses ablehnend gegenüber. Hahn, Kooperationsmaxime, S. 78 ff., will hingegen eine "Prioritätenliste" aufstellen.
- 53) Stalev, ZZP 88 (1975), 193 ff.
- 54) Der Prozeß als Rechtslage (1925).
- 55) Zum Fehlurteil vgl. unten § 6 IV 2. Vgl. auch Gilles, Festschrift für Schiedermaier, S. 183 (194).
- 56) Legitimation durch Verfahren (1969); ders., Rechtssoziologie (1972); vgl. auch Rödig, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens (1973); kritisch Esser, Vorverständnis, S. 202 ff.; Dubischar, ZZP 86 (1973), 88 ff.; Hagen, JuS 1972, 485; Möllenstedt, KJ 1970, 369; Rasehorn, JZ 1973, 17; abgeschwächt ders., ZRP 1980, 10; Zippelius,

Festschrift für Larenz, S. 293 ff.; vgl. auch Gilles, Festschrift für Schiederwair, S. 185; Pottleuthner, KJ 1971, 60; Simitis, AcP 172 (1972), 131 (141); Stahlmann, Theorie, S. 22, 51.

57) Luhmann, Legitimation, S. 21.

58) Luhmann, Legitimation, S. 41, 86, 116, 119 ff., 136.

IV Stellungnahme

Zwei große Gruppen angeblicher Zweckrichtungen ergeben sich aus dem Vorgenannten: einmal ist der Schutz subjektiver Rechte anzuführen, zum anderen die Bewährung des objektiven Rechts. Diese Unterscheidung soll auch der nachfolgenden Untersuchung zugrundegelegt werden. In diesem Rahmen wird dann auf einzelne Zweckbetrachtungen einzugehen sein, soweit dies in dieser Arbeit vertretbar und geboten erscheint.

1. Der Schutz subjektiver Rechte

Spielt der Schutz subjektiver Rechte in der Zweckbetrachtung des obersten Gerichts keine¹ oder nur eine untergeordnete Rolle,² so wird er in der Literatur häufig in den Vordergrund gestellt.³ Die Annahme einer solchen Zweckrichtung erscheint auf Grund der Gestaltung des Zivilverfahrens auch durchaus gerechtfertigt.

a) Verfahrensgestaltung und Schutz subjektiver Rechte

Der Zivilprozeß gibt dem einzelnen die Möglichkeit, seine Rechte im staatlichen Verfahren zu verfolgen. Die Selbsthilfe soll ersetzt werden.⁴ Das Verfahren als solches ist zur Wahrung dieser Rechtspositionen angelegt. Der Kläger kann selbst Inhalt und Umfang des Klagebegehrens bestimmen, über das der Richter nicht hinausgehen darf (§ 308 ZPO). Auch ergeht ein Urteil nicht notwendig, sobald Klage erhoben ist. Das Verfahren unterliegt auch weiterhin hinsichtlich seiner Beendigung dem Parteiwillen.

Der Kläger macht mit der Klageerhebung einen bestimmten Anspruch (§ 253 II Nr. 2 ZPO) geltend; mit seinem Antrag bindet er das Gericht. Es darf - bei Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen - nur über diesen Streitgegenstand entscheiden.

Das Gesetz trägt damit der Verfügungsfreiheit der Parteien Rechnung.⁵ Diese allein bestimmen, inwieweit sie ihre Rechte verfolgen wollen. Sie werden nicht gezwungen den gesamten Forderungsbetrag einzuklagen, wie sie nicht gehalten sind, einen Anspruch überhaupt im Klageweg zu verfolgen. Der Zivilprozeß bietet nur eine Möglichkeit, die Ansprüche geltend zu machen.

Die Parteien bleiben auch nach Rechtshängigkeit weiter verfügungsbefugt. In ihrer Hand liegt der Prozeßbetrieb;⁶ sie können entscheiden, ob ein Urteil ergehen soll oder ob der Prozeß ein anderes Ende findet. So kann die Klage zurückgenommen (§ 269 ZPO), auf den Anspruch verzichtet (§ 306 ZPO) oder ein Vergleich (§ 794 I Nr. 1 ZPO) geschlossen werden. Daneben ist die Erklärung der Erledigung der Hauptsache möglich (§ 91 a ZPO).

Der Schutz subjektiver Rechte ist damit - zumindest unter anderem - Zweck des Zivilverfahrens.⁷ Besteht keine Verpflichtung zur Rechtsdurchsetzung, kann auch die Findung des "wahren Rechts" nicht oberster Zweck des Verfahrens sein.

b) Andere Zweckbestimmungen

Soweit daneben andere Zwecke - mit Ausnahme der Bewährung der Rechtsordnung und der Wahrheit (dazu unten § 6 IV 2) - angeführt werden, kann diesen keine eigenständige Bedeutung zuerkannt werden. Zumeist sind diese nur Ausfluß und Folge des bereits angeführten Zwecks. So ist die Herbeiführung der Rechtskraft⁸ nicht Ziel, sondern Folge des Verfahrens. Sie als Prozeßzweck anzusehen, hieße die Ziele der Parteien verkennen. Diesen liegt nicht an der Rechtskraft als solcher, sondern primär an einer ihnen günstigen Entscheidung. Diese soll später vom Gegner nicht mehr angreifbar sein; insoweit ist also die Rechtskraftfolge vom Schutz des subjektiven Rechts umfaßt. Denn nur in Fällen, in denen die Urteile in Rechtskraft erwachsen, kann von einem "Schutz" gesprochen werden.

Ebenso kann die Herstellung von Rechtsfrieden⁹ nicht als eigenständiger Prozeßzweck gesehen werden. Auch dieser Aspekt folgt aus dem Rechtsschutzzweck, mitsamt der umfaßten Rechtskraft. Ist ein Anspruch unanfechtbar entschieden, so ist die Rechtslage für die Parteien bindend geregelt, der Rechtsfrieden (wieder) hergestellt.¹⁰

c) Das Zweckverständnis Luhmanns

Der Sicht Luhmanns, der das Verfahren aus sich selbst (aus einer faktischen Konfliktabsorption) rechtfertigen will,¹¹ kann ebenso nicht gefolgt werden. Auf die vielfältige Kritik braucht hier nur kurz verwiesen werden.¹²

Schönfeld¹³ vergleicht diese Theorie in ihrer Sterilität und praktischen Nutzlosigkeit mit Kelsens¹⁴ reiner Rechtslehre. In Wahrheit werde die Problematik der Legitimation richterlicher Entscheidungen ausgeblendet. Ohne normativen Sinnbezug würden abstrakte Handlungssysteme aufgestellt und ohne außerprozessualen Bezugsrahmen eines "guten und richtigen Lebens"¹⁵ bzw. der "Gerechtigkeit" (als Einhaltung vernünftiger Maßstäbe¹⁶) begriffen. Dies stellt nach Esser¹⁷ eine peinliche Entscheidungsfällung dar. Ein Abgehen der Rechtswissenschaft von den Forderungen nach einer auch inhaltlich richtigen Entscheidung müßte sich selbst diskreditieren.¹⁸ Luhmann verkenne, daß das Verfahren einen erheblichen Teil seiner Legitimität "aus den klassischen Regeln der Verfahrensgerechtigkeit" erhalte. Die Rollenverteilung im Zivilprozeß sei nicht Selbstzweck, sondern Mittel der Konfliktbewältigung zum Frieden. "faktischer Wahrheit im Rahmen korrekter Rechtsanwendung."¹⁹ Zudem weist Rasehorn²⁰ zutreffend darauf hin, Luhmanns These gelte allenfalls für untere Instanzen.

Dieses geringe Ansehen der Theorie Luhmanns dürfte letztlich in der Schärfe, mit der er die Verfahrensmechanismen beschreibt und den gerichtlichen Machtanspruch herausstellt, begründet liegen.²¹ Nach seinem Verständnis fehlt der Konfliktsbeilegung alles, was gemeinhin von einem gerichtlichen Verfahren erwartet wird, nämlich Richtigkeitsgewähr und Gerechtigkeit.²²

Daneben vermag Luhmanns Auffassung auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu überzeugen. Sie nimmt den Parteien jedes Selbstverständnis als Prozeßpartei. Sie werden lediglich zu einem Rädchen im Prozeßganzen. Das Verfahren ist - einmal in Gang gesetzt - fix und unabänderlich,²³ nur auf den Selbstzweck seiner Rechtfertigung bedacht. Der Mensch verliert seine

Subjektsqualität.²⁴ Damit wäre ein Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 I GG) verbunden.

2. Bewährung des objektiven Rechts

Unter diesem Schlagwort können viele Zweckverständnisse zusammengefaßt werden, sei es "Wahrheit und Gerechtigkeit" Nieses,²⁵ Wahrheitsfindung,²⁶ Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung,²⁷ um nur einige Formulierungen zu nennen. Für unsere Untersuchung ist folgendes zu bemerken: Zunächst gilt es zu fragen, ob unser Zivilverfahren überhaupt auf die Bewährung der objektiven Rechtsordnung mitausgerichtet ist. Bejahendenfalls ist der Stellenwert dieses (weiteren) Prozeßzwecks festzustellen. Geht er dem Schutz subjektiver Rechte vor oder nach oder stehen beide auf derselben Rangstufe? Die Antwort ist aus der Bedeutung der Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO zu finden (nachfolgend V.).

Hier sind die Argumente, der Prozeß sei ein staatliches Verfahren,²⁸ er habe die öffentlichen Interessen zu wahren und dem Allgemeinwohl zu dienen,²⁹ es gelte materielle Gerechtigkeit herzustellen, anzusiedeln. Ausgehend von der Tatsache des Prozesses als Selbsthilfeersatz muß auch ein gewisses öffentliches Interesse am Bestand der Rechtsordnung anerkannt werden.³⁰ Mit dem Prozeß soll gerade die Rechtsordnung des Staates aufrechterhalten werden und bleiben, die eine unkontrollierte Selbsthilfe unweigerlich zerstören würde. Gewalt und rechtswidrige Übergriffe einzelner sollen als "Quelle neuer Streitigkeiten"³¹ ausgeschaltet werden. Doch ist dieses Interesse sehr formaler Natur, betrachtet man es für sich allein. Der Selbsthilfeersatz ist auch bei bloßer Durchführung eines Verfahrens, unabhängig von etwaigen inhaltlichen Anforderungen, gegeben. Es gibt weiter eine Beziehung zum Schutz subjektiver Rechte herzustellen. Wirksamer Selbsthilfeersatz ist nur dann anzunehmen, wenn das Urteil die ihm zugedachte

Funktion erfüllt. Es muß als Schlußpunkt eines Verfahrens bestehen, das die aus der Rechtsordnung resultierenden Rechte zu überprüfen und zu schützen geeignet ist.³² Ein Rechtsschutz ohne Rechtsordnung ist nicht denkbar. Wirksamer Rechtsschutz muß die Bewährung der Rechtsordnung (weitgehend) erstreben. Die Wahrung der Rechtsordnung ist die Kehrseite einer Medaille bezüglich des Individualrechtsschutzes.³³

Angesichts beschränkter menschlicher Erkenntnisfähigkeit³⁴ und menschlicher Unzulänglichkeit bleiben unrichtige Urteile³⁴ - trotz angestrebter Verwirklichung materiellen Rechts - nicht ausgeschlossen. Ist aber das Verfahren nicht - wie Luhmann³⁵ meint - selbst Ziel des Prozesses, muß dieses auch das materiell unrichtige Urteil als Zielverwirklichung des Zivilprozesses erscheinen lassen.³⁶ Dieser Frage wird im folgenden nachgegangen. Ist das unrichtige Urteil noch in die Prozeßrechtslehre einbezogen oder hat diese einen Wandel durch die Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO erfahren?

Anmerkungen:

- 1) RGZ 106, 264; RGZ 123, 204; RGZ 150, 357; RGZ 154, 299; BGHZ 75, 138; BGHZ 76, 133; BGH, NJW 1951, 759; BGH, NJW 1964, 1277; BGH, NJW 1983, 822.
- 2) Vgl. BGHZ 10, 333 (336); RGZ 105, 422 (427).
- 3) Vgl. Baur, in: summa ius, S. 97; Brehm, S. 29; Gaul, AcP 168 (1968), 27 (46 ff.); Melissinos, S. 32 ff.; Grunsky, Grundlagen, § 2 II; Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 10; Rosenberg-Schwab, § 1 III; Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 10.
- 4) Dieses Argument für sich allein wäre jedoch zweischneidig; vgl. dazu unten 6 IV 2 a.
- 5) Grunsky, Grundlagen, S. 18 ff.; Henckel, Prozeßrecht, S. 119 ff.; Melissinos, S. 32.
- 6) Zum Verständnis des Prozeßbetriebs im Unterschied zur Dispositionsmaxime vgl. oben § 3 I 2.

- 7) BGHZ 10, 350 (359); BGHZ 18, 98 (106); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Einl. III 2 A; Stein-Jonas-Pöhle, ZPO, 19. Aufl., Einl. C; Zöller-Vollkommer, ZPO, Einl. II 1; Baur, ZPR, Rdnr. 3; Blomeyer, ZPR, § 1 I; Jauernig, ZPR, § 1 II 1; Nikisch, ZPR, S. 1; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 1 II; Wolf, Verfahrensrecht, S. 10 ff.; Bathe, S. 10; Baumgärtel, Festschrift für Schima, S. 41 (57); ders., ZZP 87 (1974), 121 (127); ders., JuS 1974, 69; ders., Gleicher Zugang, S. 123; Baur in: summum ius, S. 97 (104); ders., Festschrift der Tübinger Juristenfakultät, S. 159 (164); Gaul, AcP 168 (1968), 27 (46); Melissinos, S. 32 ff.; Mes, Rechtsschutzanspruch, S. 99; Pohle, Festschrift für Lent, S. 195 (197); Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 23; Vollkommer, ZZP 81 (1967), 102 (105), Zettel, S. 147.
- 8) So Goldschmidt, Prozeß, S. 151. Dagegen vgl. Gaul, AcP 168 (1967), 27 (57 ff.).
- 9) So de Boor, Auflockerung, S. 12, 35; ders., Gerichtsschutz, S. 51; Schönke, AcP 150 (1950), 216; ders., Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 ff.; vgl. auch Sax, ZZP 67 (1954), 21 ff.; vgl. dazu auch unten die Ausführungen zum unrichtigen Urteil (§ 6 IV 2).
- 10) A. M. RGZ (GS) 151, 82 (85); BGH, LM Nr. 3 zu § 518 I ZPO; wie hier Crunsky, Grundlagen, § 1 II; Schönfeld, S. 34; Melissinos, S. 33 ff.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III. Vgl. auch Gaul, AcP 168 (1967), 27 (57 ff.).
- 11) Siehe oben § 6 III 2 b (3).
- 12) Zur Kritik aus soziologischer Sicht vgl. Hahn, Kooperationsmaxime, S. 73 (75 ff.). Obwohl er bei Luhmann für das Prozeßverständnis noch zu verarbeitende Aspekte erkennt (S. 75), hebt er doch das unterschiedliche Konfliktverständnis der Soziologen gegenüber den Juristen hervor, die einen interdisziplinären Vergleich weitgehend relativieren (S. 76 ff.). Ferner Kininger, Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens (1980) Wassermann in: Naucke-Trappe, Rechtssoziologie, S. 127; vgl. weiter Arens in: Humane Justiz, S. 1 (2 ff.); Bathe, S. 86 ff.; Dubischar, ZZP 86 (1973), 88 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 205 ff.; Cilles, Festschrift für Schliedermaier, S. 183 ff.; Gottwald, ZZP 95 (1982), 245/258 ff.; Hagen, JuS 1974, 485 ff.; Jauernig, JuS 1971, 329 (330 ff.); Laumen, S. 73 ff.; Meyer, ZPR 1974, 253 (256 ff.); Rasehorn, NJW 1972, 81 (84); ders., JZ 1973, 17 ff.; ders., ZRP 1978, 1 ff.; ders., ZRP 1980, 6 (10); Rottleuthner, KJ 1971, 60; ders., Richterliches Handeln, S. 153 ff.; E. Schmidt, Zweck, S. 16; Stahlmann, Theorie, S. 134 ff.; Zettel, S. 145 ff.; Zippelius, Festschrift für Lorenz, S. 293; ders., Rechtsphilosophie, § 12 II 3.

- 13) S. 36 ff.; vgl. auch Maniotis, S. 89 ff.
- 14) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (1960).
- 15) Rottleuthner, KJ 1971, 60 (69 ff.); ders., Richterliches Handeln, S. 153 ff.
- 16) Esser, Vorverständnis, S. 202 ff.
- 17) Vorverständnis, S. 207, 209; vgl. auch Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 137, wenngleich sein Argument der Rückkehr zum überwundenen Verhandlungsgrundsatz nicht überzeugt. Jedoch zutreffend ist, daß der Richter zum "Subsumtionsautomaten" würde. Rasehorn, JZ 1973, 17; ders., ZRP 1980, 6 (10) (mit Einschränkungen). Arens in: Humane Justiz, S. 1 (2 ff.), rügt die Lösung vom materiellen Recht; ähnlich Gilles, Festschrift für Schieder-mair, S. 183 (192).
- 18) Simitis, AcP 172 (1972), 131 (141).
- 19) Gottwald, ZJP 95 (1982), 245 (259).
- 20) NJW 1972, 81 (84); vgl. ders., JZ 1973, 485; abgeschwächt ders., ZRP 1980, 6 (10) Fn. 44.
- 21) Vgl. auch Hahn, Kooperationsmaxime, S. 75.
- 22) Vgl. auch Gilles, Festschrift für Schieder-mair, S. 183 (186); Gottwald, ZJP 95 (1982) 245 (261); Laumen, S. 74; Zippelius, Festschrift für Larenz, S. 293 (294); ders., Rechtsphilosophie, § 12 II 3 (S. 80).
- 23) Gottwald, ZJP 95 (1982) 245 (258).
- 24) Schönfeld, S. 36 ff.
- 25) Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 16, 19.
- 26) Bernhardt, JZ 1963, 245 (247); ders., Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; Sauer, S. 73, 105, 138, 155; Sperl, Festschrift für Klein, S. 15 (46 ff.); Sonnen, S. 8.
- 27) Die Einzelzwecke werden gerade hier mit anderen in Beziehung gesetzt. Vgl. nur Schönfeld, S. 32 m. w. N.
- 28) Wurde noch ein Selbstzweck der Verfahrensvorschriften negiert (vgl. RGZ (GS) 151, 82 (85 ff.)), so betonte man doch, das Gericht dürfe nicht einer Parteiwillkür ausgeliefert werden (v. a. Bernhardt, JZ 1963, 245; ders., DGBR 1935, 70 ff.).
- 29) Insbes. RGZ (GS) 151, 82; BGH, LM Nr. 3 zu § 518 ZPO; vgl. auch Kisch, DR 1936, 8 ff.; ders., DJZ 1936, 913.

- 30) Vgl. Melissinos, S. 32 ff.
- 31) Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., Einl. C II.
- 32) Dem Anspruch auf ein geeignetes und geordnetes Gerichtsverfahren entspricht der Anspruch des Bürgers gegen den Staat auf Gewährung umfassenden Rechtsschutzes (Justizgewährungsanspruch), vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 3 I; Kern-Wolf, Gerichtsverfassungsgesetz, § 27; Baumgärtel, ZJP 75 (1962), 385 (391 ff.); Baur, AcP 153 (1954), 393 (396); Habscheid, ZJP 67 (1954), 188; Nakano, ZJP 79 (1966), 99 (108 ff.) Stürner, Richterliche Aufklärungspflicht, S. 31 ff.
- 33) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III. Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 10; Mes, Rechtsschutzanspruch, S. 97 ff.; Laumen, S. 81.
- 34) Die Auffassungen, die die Möglichkeit unrichtiger Urteile leugneten, können heute als überwunden betrachtet werden. Sie beruhten z. T. auf der Überlegung, erst der Richterspruch schaffe Recht (vgl. Goldschmidt, Prozeß, S. 151 ff.). Auch die Vertreter einer materiellen Rechtskrafttheorie (Goldschmidt, Prozeß, S. 151 ff.; Sauer, Festschrift für R. Schmidt, S. 308; E. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GrC, Teil I, S. 124 ff.) kamen von ihrem Ausgangspunkt notwendig dazu, daß das was der Richter sagt jedenfalls wahr wird, wenn es nicht schon der Wahrheit entspricht (Pagenstecher, Lehre von der materiellen Rechtskraft, S. 305).
- 35) Legitimation durch Verfahren, S. 41, 86, 116; 119 ff., 136.
- 36) So Sax, ZJP 67 (1954), 21 (29).

V. Der Einfluß der Wahrheitspflicht

§ 138 I ZPO, von Bernhardt¹ als "oberster Grundsatz des Zivilprozesses" apostrophiert, wird von verschiedener Seite unter Verwendung unterschiedlicher Begriffe als Modifizierung der Zweckrichtung des Zivilverfahrens angeführt. So sieht man in der Einführung dieser Vorschrift die Forderung nach materieller Wahrheit im Prozeß,² hält das materiell unrichtige Urteil für nunmehr ablehnungswürdig.³ Die Bedeutung der Vorschrift des § 138 I ZPO mag es rechtfertigen, etwas weiter auf sie einzugehen.

1. Diskussion der Wahrheitspflicht bis zur Novelle 1933

Die Wahrheitspflicht fand erst mit der Novelle 1933⁴ Eingang in die ZPO. Angesichts des Zeitpunkts der Neuerung könnte man geneigt sein, sie allein vom - zwischenzeitlich überholten - nationalsozialistischen Gedankengut geprägt anzusehen. In der Tat ist es nicht ganz von der Hand zu weisen. Die Novelle bedeutete eine Kodifizierung einiger Vorstellungen der NSDAP.⁵ Hand in Hand mit der Wahrheitspflicht ging die Betonung der Allgemeininteressen, des Volksganzen.⁶ Gefordert wurde die Stärkung der Richtermacht bis hin zu gerichtlicher Untersuchung und damit natürlich eine Schwächung der Parteiposition.⁷ Eine freie Verfahrensgestaltung sollte zu "den Höhen des wahren Richterkönigs"⁸ führen. Dieser Tendenz entsprechend wurden immer mehr Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterstellt, wo die Untersuchungspflicht galt.⁹ Es entsprach dieser Grundeinstellung, die Parteien des weiteren noch am Gängelband der Wahrheitspflicht führen zu können. Die Vorschrift des § 138 I ZPO ist jedoch nicht allein nationalsozialistisch beeinflusst. Der Nationalsozialismus mag zwar die Novellierung beschleunigt haben, die Diskussion war aber schon vor dem ersten Weltkrieg entbrannt. Die Beschränkung der Richteraktivität wurde als "ungermanisch" empfunden.¹⁰ Die Richter empfanden die Machtbeschränkung als Entwürdigung. Auf dem Richtertag 1913 forderte man die Abschaffung des französischen Systems. Dem Richter müsse eine Aufklärungsbefugnis, nicht nur ein Fragerecht gegeben werden.¹¹ Eine Aufklärung des Sachverhalts allein durch die Parteien und den Anwalt sei von vornherein zum Scheitern verurteilt; ihr sei die Prozeßlüge systemimmanent.¹² Denn wer bei einer solchen Pflicht nur einen Teil der Wahrheit sagt" sei "ein ganzer Lügner".¹²

Eine Diskussion um das Lügenverbot als solches ist in dieser Vehemenz unverständlich. Eine strenge Betrafung bei Verletzung der Wahrheitspflicht durch Anwälte war schon immer zu gewärti-

gen.¹³ Letztlich konnte es daher nur um eine Stärkung der Richtermacht, um Befreiung von liberaler Drangsal, gehen, was von der Richterschaft angestrebt wurde.¹⁴

Mit der Einführung der prozessualen Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO entbrannte der Streit um die materielle Wahrheit vollends. Die Einleitung der Novelle 1933¹⁵ zog man zur Begründung der Notwendigkeit der Erforschung des wahren Sachverhalts an. Diese führte aus: "Die Parteien müssen sich bewußt sein, daß die Rechtspflege nicht Ihnen, sondern zugleich und vornehmlich dem Volksganzen dient. Keiner Partei kann es gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böse oder nachlässige Prozeßverschleppung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anspruch hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern".¹⁶

Vor allem die letzte Formulierung diene den Vertretern materieller Wahrheit als Argument. Damit sei die Parteiheerrschaft, von den Juristen als "Lebensgefühl internalisiert",¹⁷ abgeschafft oder beschränkt worden.¹⁸

2. Inhalt und Umfang der Wahrheitspflicht

Die Frage nach dem Inhalt der Wahrheitspflicht hängt eng mit dem Streit um die "materielle" und "formelle" Wahrheit zusammen. Müssen die Parteien das gesamte ihnen bekannte Geschehen berichten; auch wenn sie einvernehmlich bestimmte Punkte ausklammern wollen? Oder ist es ihnen gestattet, eine eigene prozessuale Wahrheit ("formelle" Wahrheit) zu begründen?

Es sind zwei Fragen zu unterscheiden: 1. Welchen Inhalt hat die Wahrheitspflicht? (Dürfen die Parteien nur Tatsachen vortragen oder bestreiten, deren (Nicht-)Vorliegen sie positiv kennen oder ist dies solange möglich, als sie die Unwahrheit ihrer Be-

hauptung nicht kennen?) 2. Welchen Geltungsbereich hat die Wahrheitspflicht in persönlicher Hinsicht? (Besteht die Verpflichtung zur Wahrheit nur gegenüber der anderen Partei oder auch gegenüber dem Gericht?). Bereits die erste Frage ist geeignet, die Wahrheitspflicht zu relativieren. Die zweite entscheidet dann über die Verbindlichkeit der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß und einer eventuellen prozessualen Zweckrichtung.

a) Sachlicher Umfang

Die Verpflichtung des § 138 I ZPO bezieht sich auf die tatsächlichen Umstände im Prozeß.¹⁹ Sie dient ihrer Intention nach der Bekämpfung der Prozeßlüge. Der Parteivortrag soll weitgehend dem wirklichen Geschehen entsprechen. Daraus resultiert zunächst das Verbot, Tatsachen, deren Unwahrheit positiv bekannt ist, vorzutragen.²⁰ Dem entspricht das Gebot, alle bekannten, wenngleich ungünstigen, Umstände vorzutragen, soweit sie zur Beurteilung der Streitsache erforderlich sind.²¹ Schwierigkeiten bestehen dort, wo eine Partei die (Un-)Wahrheit einer Tatsache nur vermutet oder nur vermuten kann.

Die überwiegende Ansicht vertritt in diesem Zusammenhang einen subjektiven Wahrheitsbegriff.²² Eine Partei könne nicht alle Tatsachen positiv kennen; häufig bleibe sie auf Aussagen Dritter oder Vermutungen angewiesen.²³ Alle ihre Aussagen seien mit einem gewissen Unsicherheitsfaktor behaftet; die mögliche Unwahrheit werde aber gerade in einem auf Behauptungen und Gegenbehauptungen basierenden System in Kauf genommen. Die Wahrheit einzelner Behauptungen solle sich erst im Wege der Beweisführung ergeben. Mit ihrer Hilfe gelte es den wahren Sachverhalt zu ermitteln.²⁴

Darüber hinaus wird auf § 138 IV ZPO verwiesen. Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist nur bei Tatsachen aus eigener Wahrnehmung nicht zulässig. Umgekehrt bedeute dies, Tatsachen, die außerhalb der Wahrnehmungsmöglichkeit der Parteien liegen, dürfen be-

stritten werden.²⁵ Für die Tatsachenbehauptung folge, auch nur vermutete Tatsachen dürfen im Vortrag behauptet werden, sofern die Partei nicht sichere Kenntnis von den Vorgängen habe. Die Grenze von Behaupten und Bestreiten sei erst dort zu ziehen, "wo die Überzeugung von der Unwahrheit beginnt".²⁶

Bedenken gegen eine so verstandene Wahrheitspflicht machte v. Hippel²⁷ geltend. Er wandte sich gegen die Notwendigkeit, daß die Parteien den Standpunkt der Allwissenheit einnehmen müßten.²⁸ Besser sei es, wenn sie eine ihr nicht bekannte Tatsache nicht behauptete; es wäre ehrlicher, würde sie die Unkenntnis eingestehen und das Gericht um Aufklärung bitten.²⁹

Im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob sich die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache aus einer bestrittenen Behauptung ergibt oder aus einem Aufklärungsbegehren einer Partei. Allenfalls in der Aufklärung des Gerichts wäre ein Unterschied zu sehen, verstünde man die nach v. Hippels Meinung folgende gerichtliche Aufklärung als Unterscheidung. Dieses Verständnis ist aber nicht zwingend; es kann auch so gesehen werden, daß die Partei um Aufklärung anhand angebotener Beweismittel nachsucht.

Die Auffassung v. Hippels widerspricht aber jedenfalls der Grundstruktur des geltenden Zivilverfahrens. In diesem wird auf Behaupten und Bestreiten abgestellt. Durch Behauptung und Gegenbehauptung wird die Beweisbedürftigkeit der einzelnen Tatsachen festgestellt. V. Hippels Auffassung verkürzt den Bedeutungsgehalt der Parteibehauptung,³⁰ wenn er ausführt, "die allgemeine Abhärtung" sei bereits so weit fortgeschritten, "daß man jene Wahrheitsverletzungen als solche gar nicht mehr zu empfinden vermag."³¹ Nur die unmittelbare Aussage, nicht aber ihr Bedeutungsgehalt im Prozeß wird damit ins Kalkül gezogen. Das System des Zivilverfahrens wird dabei völlig außer Acht gelassen. Nicht nur die grammatikalische Formulierung eines Satzes, sondern auch der äußere Rahmen, in dem die Aussage getroffen wird, ist von Belang.³² Dieser kann einen bestimmten grammatikalischen Satzbau vorschreiben, ohne daß der Bedeutungsgehalt der Aussage verändert wird. Deutlich wird dies, wenn Wittgenstein³³ schreibt, man könne sich eine Sprache denken, in der alle Behauptungen die Form und den Ton rhetorischer Fragen hätten.

Damit erweist sich die Prozeßstruktur als Behauptung und Gegenbehauptung ohne Bezug zum prozessualen Lügenverbot. Sie beinhaltet keinen moralischen Unwert, wenn damit das Aufstellen von Tatsachenbehauptungen ermöglicht wird, deren Wahrheit die Partei nicht positiv kennt, ja von deren Wahrheit sie u. U. selbst nicht einmal überzeugt ist. In letzterem kann v. Hippels Angriff allenfalls ein Unbehagen an der Sprech- und Ausdrucksweise hervorrufen.

Mit der herrschenden Auffassung ist daher nur bei einer bewußten Lüge eine Verletzung der Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO anzunehmen. Diese setzt - unter Berücksichtigung der Kommunikationsstruktur des Verfahrens - eine Täuschung oder deren Versuch voraus.³⁴ Dieses Täuschungsmoment fehlt bei Aufstellen willkürlicher Vermutungen; die Partei bittet um weitere Klärung,³⁵ sofern dies notwendig wird. Damit ist die Wahrheitspflicht nur gesetzlicher Ausdruck eines prozessualen Arglistverbots.³⁶

b) Persönlicher Umfang

(1) Streitstand

Der Streit um "materielle" und "formelle" Wahrheit ist letztlich ein Streit zwischen sozialer und liberaler Prozeßauffassung. Halten die Vertreter ersterer dafür, der Zivilprozeß habe die Rechtsdurchsetzung zum Ziel, was aber nur bei einem materiell richtigen Urteil gewährleistet werden könne,³⁷ stellt die Gegenposition primär darauf ab, es gelte im Zivilverfahren zunächst den Konflikt der Parteien zu lösen, nicht den wahren Sachverhalt festzustellen.³⁸

Ausgetragen wird dieser Streit über Normen, die eine Wahrheitsermittlung ausschließen (§§ 306, 307, 138 III, 288, 290 ZPO). Aus diesen leiten Vertreter der liberalen Auffassung ihre "formelle" Wahrheit³⁹ ab. Die Vorschriften zeigten, daß es im Zivilverfahren nicht um Wahrheitsermittlung gehe. Insbesondere § 290 ZPO belege, nur ein durch Irrtum veranlaßtes unrichtiges Geständnis könne widerrufen werden; ein nur unwahres bleibe jedoch bindend.

Die Gegenauffassung stellt den Prozeß als staatliche Wohlfahrtseinrichtung in den Vordergrund;⁴⁰ dieser dürfe von den Parteien nicht (durch Tatsachendispositionen) mißbraucht werden.⁴¹ Es gebe nur eine Wahrheit und diese gelte es zu ermitteln.⁴² Die Vorschriften der §§ 138 III, 288, 306, 307 ZPO werden als planwidrige Ausnahmen⁴³ angesehen, die das Gesetz in Kauf nehme. Das Gesetz gehe davon aus, unrichtige Tatsachenbehauptungen würden bestritten.

Interessant in diesem Zusammenhang ist eine neuerdings stärker vertretene Auffassung, die eine prozessuale Aufklärungspflicht der Parteien annimmt. Daraus könnte man - wäre diese Auffassung zutreffend - auf die prozessuale Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts schließen. Diese Meinung,⁴⁴ fußend auf v. Hippels Prozeßbild von einer "Aufklärungsgemeinschaft der Parteien",⁴⁵ leitet nach angloamerikanischem Vorbild⁴⁶ aus den Vorschriften der §§ 138 I, II, 372 a, 445 ff., 654 ff. ZPO eine allgemeine Aufklärungspflicht auch der nicht beweiselasteten Partei ab. Ausgangspunkt hierfür war der Wertungswiderspruch, daß dem Beweisgegner keine Mitwirkungspflicht am Beweis zukommen sollte, andererseits eine verweigerte Mitwirkung teilweise als Beweisvereitelung angesehen wird.⁴⁷ Mit der allgemeinen Aufklärungspflicht wird nunmehr jede Partei angehalten, alle zumutbaren Aufklärungsbeiträge ihrerseits zu leisten.⁴⁸ Damit führe dann jede Verletzung dieser Verpflichtung zur widerlegbaren Fiktion des Vorliegens der streitigen Tatsache.⁴⁹

(2) "Formelle" und "materielle" Wahrheit

Nachfolgend soll zur Frage des persönlichen Umfangs der Wahrheitspflicht ein Lösungsvorschlag entwickelt werden, der als Grundlage einer Antwort auf die Frage nach den Tatsachendispositionen der Parteien dienen kann. Um die Voraussetzungen hierfür zu schaffen, ist eine kurze Auseinandersetzung mit der Auffassung von einer allgemeinen Aufklärungspflicht der Parteien (nachfolgend (a)), sowie einzelnen Einwendungen gegen die Trennung in "formelle" und "materielle" Wahrheit (nachfolgend (b), (c)) erforderlich.

(a) Allgemeine Aufklärungspflicht als Untersuchung durch das Gericht?

Die teilweise befürwortete Aufklärungspflicht der Parteien berührt nur mittelbar die Verhandlungsmaxime und damit die Parteifreiheit. Sie zwingt nicht zu einer gerichtlichen Untersuchungstätigkeit. Vielmehr kann sie nur dort Beachtung finden, wo die Beweisbedürftigkeit bzw. Aufklärungsbedürftigkeit einer Tatsachenbehauptung feststeht.⁵⁰ Es liegt also noch weiter in der Hand der Prozeßparteien, zu bestimmen, wann eine Aufklärungspflicht gegeben sein soll.

Doch ist die Auffassung von einer allgemeinen Aufklärungspflicht nicht zu halten. Diese übersieht bereits, daß v. Hippel⁵¹ bei Begründung seiner "Aufklärungsgemeinschaft" die entgegengesetzte Konzeption der ZPO kritisierte. Seine Vorschläge waren de lege ferenda zu verstehen.⁵² Aber auch nach der heutigen Gestaltung des Verfahrensrechts kann eine solche Pflicht nicht begründet werden. Treu und Glauben ist mit der Novelle 1933⁵³ nicht als allgemeiner Grundsatz im Prozeß gefestigt worden.⁵⁴ Schon von daher verbietet sich eine Ableitung aus § 138 I ZPO. Zudem wird die Struktur der Stoffsammlung verdeckt. Diese totale Aufklärung beseitigte die subjektive Beweislast.⁵⁵ Der Gegenbeweis wäre auf die Stufe der Wahrscheinlichkeit der Behauptung verlegt. Mit der Pflichterfüllung wäre stets die Gefahr ungünstiger Aufklärung verbunden, mit der Weigerung stünde die ungünstige Würdigung dieses Verhaltens zu befürchten.⁵⁶ Der Gegenbeweis wäre vor dem Hauptbeweis, ja ohne dessen Anretung zugänglich.

Die Annahme einer derart weiten prozessualen Pflicht bedeutete auch eine Abkehr vom materiellen Recht und dessen Begrenzung.⁵⁷ Eine Vorlagepflicht betreffend einzelner Beweismittel besteht nur, wenn der beweisbelasteten Partei ein Vorlageanspruch - Dölcher⁵⁸ spricht plastisch von einer "Verwendungsbefugnis" - zusteht; dieser aber ergibt sich aus dem materiellen Recht.⁵⁹

(b) Die "neue Wahrheit" Stürners⁶⁰

In neuerer Zeit versuchte Stürner die Gegensätze von "formeller" und "materieller" Wahrheit zu widerlegen. Er will nur eine Wahrheit erkennen. Der Prozeßzweck - Schutz subjektiver

Rechte und Schutz des Gerichts vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme⁶¹ - sei durch die parteilichen Interessen am Prozeßausgang am besten zu erreichen. Diese garantiere in aller Regel eine umfassende Aufklärung des wahren Geschehens. Erklären sich die Parteien - einvernehmlich - nicht vollständig oder weichen sie bewußt oder unbewußt vom wahren Sachverhalt ab, so verzichteten sie auf eine weitere Nachprüfung. Damit werde eine "neue Wahrheit" begründet; der alte Sachstand sei überholt. "Ein Festhalten" am ihm "hieße, einen überholten Sachverhalt als Urteilsgrundlage wählen. Mit der Wahrheitsfindung als Prozeßzweck hätte dies nichts zu tun."⁶²

Die "neue Wahrheit" Stürners ist aber nichts anderes als Wachs "formelle" Wahrheit.⁶³ Mit ihren Erklärungen können die Parteien das tatsächliche Geschehen nicht ändern. Ihr einvernehmlicher Vortrag kann also nur eine andere, von der objektiven abweichende "Wahrheit" begründen. Dennoch liefern Stürners Bedenken gegen die Anerkennung von "zwei Wahrheiten" einen Ansatzpunkt zur Lösung unserer Fragestellung (vgl. nachfolgend (c)). Nur ist eine Änderung der Blickrichtung erforderlich. Das im Prozeß zu "Ermittelnde" ist nicht etwas Ganzes und Absolutes, eine "neue" Wahrheit, sondern die tatsächlichen Urteilsgrundlagen sind ein mehr oder weniger wirklichkeitsgetreues Spiegelbild des wahren Geschehens.

(c) Anerkennung nur einer Wahrheit

Stürners Bedenken artikulieren sich auch in den Aussagen anderer Autoren,⁶⁴ wenngleich in modifizierter Weise. Auch sie halten die Trennung in "formelle" und "materielle" Wahrheit als Aufspalten eines ganzheitlichen Wahrheitsbegriffs. Es könne keinen Unterschied machen, welche Maxime im jeweiligen Verfahren vorherrsche; jede erstrebe die Aufdeckung des wahren Sachverhalts.⁶⁵ Im Zivilverfahren gelte die Verhandlungsmaxime, weil die gegensätzlichen Parteiinteressen am besten zur Erreichung dieses Ziels geeignet erscheinen.⁶⁶ Dies schließe aber, wie auch bei

Geltung der Untersuchungsmaxime, nicht aus, daß die erzielte Wahrheit oft nur eine relative sei. Daraus sei zu schließen, daß Wahrheitsfindung keinen Selbstzweck darstelle.⁶⁷

(d) Stellungnahme

Die Würdigung der vorstehenden Meinungen führt zu nicht überwindbaren Bedenken gegen die Forderung nach Erforschung "materieller" Wahrheit. Eine solche Forderung ist nirgendszwingend abzuleiten. Auch die Einleitung der Novelle 1933 läßt nicht notwendig darauf schließen. Zudem ist sie in praxi unerfüllbar. Unser Zivilverfahren gibt dem Gericht nicht die Mittel zur Erforschung des tatsächlichen Geschehensablaufs in die Hand, ja kann es aus Gründen effektiven Rechtsschutzes nicht geben.

Die Einleitung der Novelle 1933⁶⁸ - obwohl in Gesetzesrang -⁶⁹ zwingt nicht zur Annahme, es gelte nunmehr das wahre Geschehen aufzuklären. Die erwähnte Verpflichtung, die Rechtsfindung durch "redliche und sorgfältige Prozeßführung" zu erleichtern, muß nicht als Pflicht zum Vortrag der "materiellen" Wahrheit verstanden werden, mag dies angesichts der doch nicht zu leugnenden nationalsozialistischen Beeinflussung⁷⁰ nahe liegen. Nach Wortsinn und Sinnzusammenhang spricht sogar einiges dagegen. Anerkannt wird, daß das Zivilverfahren neben dem "Volksganzen"⁷¹ auch dem Individualrechtsschutz dient. Das "Volksganze", die Interessen der Allgemeinheit, verpflichten aber dazu, das Gericht nicht irrezuführen. Das Negative und der dieses Verbot begründende Unwert wird aber nur im Mißbrauch der Arbeitskraft des Gerichts gesehen. Daraus ist zu folgern, die Lüge, dem Gericht Mehrarbeit auferlegende Lüge, nicht aber gemeinschaftliche Disposition, ist verboten. Zum Ausdruck kommt darin nicht die Pflicht zur Erforschung "materieller" Wahrheit. Denn sind sich die Parteien einig, etwas nicht Geschehenes solle für das Verfahren erheblich sein und bindet dies das Gericht, so kann von einem Mißbrauch der Arbeitskraft gerade keine Rede sein.⁷²

Daneben finden sich weitere Argumente, die geeignet sind, die Erforschung "materieller" Wahrheit im Prozeß zu widerlegen. Das Gericht hat nach dem geltenden Prozeßrecht keine Mittel, die Wahrheitserforschung zu betreiben, selbst wenn man die Vorschrift des § 138 I ZPO als "obersten Grundsatz"⁷³ anerkennt.

(aa) Dispositionsnormen

Gegen eine umfassende Wahrheitserforschung sprechen zunächst einzelne Vorschriften des Verfahrensrechts, wie §§ 290, 306, 307 ZPO. Unbeschadet der Frage der "Planwidrigkeit" dieser Normen,⁷⁴ kommt in ihnen doch zum Ausdruck, daß die wahre Sachlage nicht in allen Fällen geklärt werden muß. Sie beschreiben einige Fallgruppen, in denen der Parteiwille die gerichtliche Erforschung des Sachverhalts sperrt. Es fehlt damit ein allgemeingültiges Prinzip der Wahrheitsermittlung im Zivilprozeß.⁷⁵ Dabei spielt es keine Rolle, ob dem Gesetzgeber die Folge zu unterbleiben der Wahrheitsermittlung erwünscht war. Es ist unerheblich, wie er zu den Konsequenzen seiner gesetzlichen Regelung steht; allein der positive Gesetzesinhalt ist entscheidend.⁷⁶

(bb) Beweislastentscheidungen und Präklusion

Doch auch die Ausgestaltung des Verfahrens spricht gegen eine unbedingte Wahrheitsermittlung. Zu nennen sind hier die Beweislastentscheidungen, wie auch die Präklusionsvorschriften.

Wurden die Beweislastentscheidungen früher auch als verwirklichte Wahrheit angesehen,⁷⁷ können sie nur als einen Notbehelf ohne Bezug zur Wahrheit darstellen. Das Gericht muß - sofern keine andere Prozeßbeendigung erfolgt - jeden Rechtsstreit entscheiden. Dies ist grundsätzlich nur möglich, wenn streitige Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts bewiesen sind. Ist dies nicht der Fall, ermöglicht allein die Beweislast eine Urteilsfällung. Sie dient also letztlich der gerichtlichen Aufgabenerfüllung und dem Rechtsfrieden.⁷⁸

Bereits in der Ausgestaltung des materiellen Rechts wird diesen Beweisschwierigkeiten Rechnung getragen. Nicht alle Eventualitäten müssen bewiesen werden; vielmehr werden zum Teil gesetzliche Vermutungen angestellt. So wird z. B. ein 19-jähriger am Vertrag festgehalten, unabhängig davon, ob er die Reife eines Volljährigen besitzt. Dieser Reifegrad wäre an sich erheblich; doch wie sollte er nachgewiesen werden? Welcher Maßstab wäre anzulegen? Aus diesem Dilemma hilft § 2 BGB, der die erforderliche Reife vermutet.⁷⁹

Eine dieser im materiellen Recht gültigen Abstraktion findet sich vergleichbar im Verfahrensrecht. Hier kann ein Urteil durchaus ohne vollständige Sachaufklärung ergehen. Dem Rechtsschutzziel geschieht damit kein Abbruch.⁸⁰ Das Gericht spricht ein Urteil über den vorgetragenen Streitstoff unter Berücksichtigung der Beweislast. Ein wenn auch materiell falsches Urteil muß noch nicht ungerecht sein. Es bedeutete extremsten Positivismus, anzunehmen, nur ein der materiellen Rechtslage entsprechendes Urteil sei gerecht.⁸¹ Wahrheit ist ein wichtiges Zwischenziel;⁸² doch gilt es nicht, ihr um jeden Preis zum Durchbruch zu verhelfen. Wie bei der Parteidisposition hat auch bei Beweisfähigkeit ein daraufhin ergehendes Urteil einen Wert. Auch dieses ist noch der Konfliktsbewältigung dienlich. Mag auch der tatsächliche Unfrieden weiterbestehen, Rechtsfrieden kann eintreten.

Welche Mittel hätte im übrigen das Zivilgericht, Sachverhaltsaufklärung zu betreiben? Gewiß, es kann einige Beweise von Amts wegen erheben. Urkundenvorlegung und Sachverständigenbeweis kann das Gericht auch ohne parteilichen Beweisantritt anordnen (§ 273 II Nr. 1, 4 ZPO).⁸³ Doch damit läßt sich nicht jedwede Aufklärung betreiben, die erforderlich ist, um eine streitige Tatsache zu ermitteln. Insbesondere beim Zeugenbeweis besteht weiter die Abhängigkeit vom Beweisantritt einer Partei. Und, wie sollte das Zivilgericht, dem kein der Staatsanwaltschaft vergleichbares Organ zur Seite steht, eventuelle Zeugen finden?

Ein zusätzliches Problem taucht auf, wenn die Parteien ihre Mitwirkung bei einem amtswegig angeordneten Beweisverfahren ver-

weigern. Wird der zur Begutachtung bestellte Sachverständige nicht auf das zu begutachtende Grundstück vorgelassen, so ist der Beweis vereitelt. Normen, die den zwangsweisen Zutritt ermöglichen - vergleichbar §§ 102 ff. StPO - kennt das Zivilverfahren nicht.⁸⁴ Wird der Beweis durch Verweigerung der Mitwirkung vereitelt, so hat dies für die sich weigernde Partei nachteilige Folgen. Vereitelt die beweispflichtige Partei den Beweis, so bleibt allein die Folge der Beweisfälligkeit; im umgekehrten Fall greifen die Beweisvereitelungsvorschriften der §§ 427, 444 ZPO ein, die dem Richter die Würdigung vorgeben.⁸⁵

Alle diese Möglichkeiten sind zwar per se geeignet, die Parteien zur Wahrheit und Vollständigkeit anzuhalten. Im Weigerungsfall ist eine Aufklärung des wahren Sachverhalts trotzdem nicht erreichbar.

Eines der wesentlichsten Argumente gegen die unbedingte Wahrheitserforschung ist zudem in den Präklusionsvorschriften zu sehen. Die §§ 296, 528 ZPO (für das arbeitsgerichtliche Verfahren vgl. auch §§ 56 II, 61 a V, 67 ArbGG) ermöglichen entscheidungserheblichen Vortrag, der entgegen einer Fristsetzung oder entgegen der Prozeßförderungspflicht des § 282 ZPO gebracht wurde, dann unberücksichtigt zu lassen, wenn die Zulassung dieses Vortrags den Prozeß verzögern würde⁸⁶ und/ oder die Verspätung nicht genügend entschuldigt ist. Wie kann ein Verfahren auf Erforschung der Wahrheit ausgerichtet sein und gleichzeitig daraufhin vorgetragene Tatsachen unberücksichtigt lassen? Hier wird in vielen Fällen gerade unter Mißachtung des wahren Geschehens über einen verkürzten Sachvortrag entschieden.^{86 a}

Die Verfassungsgemäßheit der Präklusionsnormen wurde bestätigt.⁸⁷ Der Grundsatz rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) ist nicht verletzt. Dieser gewährt den Parteien eine Gelegenheit zur Stellungnahme und erlegt dem Gericht die korrespondierende Verpflichtung auf, parteiliche Äußerungen zur Kenntnis zu nehmen.⁸⁸ Jedoch kann durchaus eine zeitliche Begrenzung gezo-

gen werden, wenn dies durch besondere Gründe geboten ist.⁸⁹ Solche besonderen Gründe sieht man in einem beschleunigten, effektiven Rechtsschutz.

Ein sinnvoller (effektiver) Rechtsschutz ist nur dann gegeben, wenn ein Urteil in angemessener Zeit zu erlangen ist.⁹⁰ Es gilt der Satz "bis dat, qui cito dat".⁹¹ Zeit bedeutet für die Parteien Geld, Geld, das sie früher in den Händen halten, früher neu investieren können.

Was nützt es z. B. einem kleinen Werkunternehmer, wenn nach Jahren des Prozessierens der geforderte Werklohn zugesprochen wird, sein Betrieb aber wegen fehlender Mittel in der Zwischenzeit bereits in Konkurs gefallen ist?

Rechtsschutz in angemessener Zeit ist nicht mit der Formulierung "Fixigkeit vor Richtigkeit" gleichzusetzen, wie es den Gerichten oftmals vorgehalten wird. Es gilt den Prozeß von vornherein zügig durchzuführen. Schleppende Prozeßführung kann den Rechtsschutz vereiteln und ins Gegenteil verkehren.⁹²

Kleins⁹³ Aussage, ein weniger präzises Urteil werde eher gebilligt, als ein ungelöster Konflikt, deutet das Problem zunächst nur an. Es klingen immer noch die beißenden Bemerkungen über den gemeinen Prozeß mit. Zu erwähnen ist Schaffraths⁹⁴ Wort: "Das Wort 'Prozeß' kommt von 'procedere', d. h. vor- oder vorwärtsschreiten, vorzüglich langsam und unter Feierlichkeiten, z. B. wie bei einem Leichenzuge." Klein⁹⁵ weist zudem auf ein Verfahren des Reichskammergerichts hin, in dem das "Kind" eines Alimentationsprozesses bereits 60 Jahre alt ist, als das Urteil ergeht.

Das Vorstehende belegt die große Bedeutung des Faktors Zeit. Würde er nicht beachtet, geschähe den Parteien eher Unrecht.⁹⁶ Andererseits geht es natürlich nicht an, die Schnelligkeit soweit voranzutreiben, daß die Qualität des Rechtsschutzes darunter leidet. Zur Lösung dieses Dilemmas entschied sich die ZPO für einen Mittelweg; sie betonte die Schnelligkeit des Verfahrens ohne jedoch zu sehr die Richtigkeit der Entscheidung aus den Augen zu verlieren. Anders gesagt, effektiver Rechtsschutz steht im Vordergrund, die Wahrheitsfindung muß dem aber nicht widersprechen.⁹⁷

Die Verfahren wären bei umfassender Wahrheitsermittlung zu mühsam und langwierig, als daß sie effektiven Rechtsschutz gewähren könnten. Dann ist es durchaus sachgerecht, den Parteivortrag als Urteilsgrundlage anzusehen. Die gegensätzlichen Interessen der Parteien genügen regelmäßig, den Sachverhalt soweit als notwendig aufzuklären. Diese Intention des Gesetzes bestätigt sich in § 300 ZPO. Der Richter hat bei Entscheidungsreife zu entscheiden. Gemeint sein kann damit nur Entscheidungsreife nach dem jeweiligen Sachstand, unter Hintanstellung persönlicher Zweifel des Richters.⁹⁸

(cc) Materiell unrichtige Urteile

Die Überzogenheit der Forderung nach Erforschung der "materiellen" Wahrheit findet ihre Bestätigung in der notwendigen Anerkennung materiell unrichtiger Urteile. Die auf Beweislastentscheidungen oder Anwendung der Präklusionsvorschriften basierenden Urteile mögen wie bloße Fehlurteile im Vergleich mit dem materiellen Recht falsch sein.⁹⁹ Man kann sie als "pathologischen Fall",¹⁰⁰ als "unerfreuliches, aber unvermeidliches Übel",¹⁰¹ oder als "ungelösten Rest"¹⁰² in der prozeßrechtlichen Dogmatik bezeichnen. Angesichts beschränkter menschlicher Erkenntnisfähigkeit bleibt die "kognitive Lösung aller Rechtsfragen" ein oft unerfülltes Ideal.¹⁰³ Kein Staat kann sich - und daran ändert auch § 138 I ZPO nichts - verpflichten, die Rechtsfragen stets zweifelsfrei und eindeutig zu beantworten. Dennoch besteht im Interesse der geordneten Gemeinschaft eine Verpflichtung Rechtsgewißheit zu schaffen. Dies ist nur dann zu erreichen, wenn die Verlässlichkeit einer Entscheidung deren materieller Richtigkeit vorgeht.¹⁰⁴ Damit muß auch ein Urteilsspruch nach der konkreten Prozeßerkenntnis hingenommen werden.¹⁰⁵ Dieses Nachgeben gegenüber dem äußeren Zwang kann dann nicht bedeuten, man betreibe statt Wahrheitsermittlung Wahrheitsfälschung.¹⁰⁶

(dd) Motive der Disposition

Freilich ist eine Mißbrauchsmöglichkeit durch Parteidisposi-

tionen nicht ausgeschlossen. Dennoch muß die mit der sog. "formellen" Wahrheit eröffneten Disposition nicht Verfolgung unlauterer Ziele bedeuten. Der "Sozialbindung des Rechtsschutzes"¹⁰⁷ wird nicht notwendig mit dieser Sicht entgegengewirkt. Die Gründe für die Disposition können vielschichtig sein.¹⁰⁸ Eine Frage nach den Motivationen der Parteien kann sich nur auf wichtigste, öfter wiederkehrende Gründe beschränken.

In Betracht kommt einmal, daß Tatsachen verschwiegen werden, die der betreffenden Partei zur Unehre gereichen oder sonst unangenehm sind. Selbst Bernhardt¹⁰⁹ erkennt hier an, daß eine Offenbarungspflicht dann nicht bestehe, wenn die Partei z. B. Angst vor Strafverfolgung oder dem Finanzamt habe.

Daneben kommt eine Disposition aus prozeßtaktischen und -ökonomischen Erwägungen in Betracht. Was nützt das beste Recht, wenn man es nicht beweisen kann? In solchen Fällen ist es oft zweckmäßig, in einigen Punkten Zugeständnisse zu machen und sich auf einzelne - beweisbare - Tatsachen zu beschränken.

Bsp.: Der auf Wandelung verklagte Verkäufer kann, obwohl tatsächlich wahr, nicht widerlegen, daß der gerügte Fehler (§ 459 BGB) schon vor Gefahrübergang entstanden ist. War jedoch ein Nachbesserungsversuch vereinbart, kann er sich sogleich auf diese Klausel stützen, um die Klage zu Fall zu bringen. Der Fehler gilt damit aber gem. § 138 III ZPO als bei Gefahrübergang vorhanden.

Als weiterer, wenn auch seltener Grund für ein Abweichen vom wahren Sachverhalt, ist, daß die Parteien diesen selbst nicht kennen. Von daher einigen sie sich auf eine gemeinsame Version.

Würthwein¹¹⁰ verweist auf eine Entscheidung des RG,¹¹¹ wo es grundsätzlich für möglich gehalten wurde, daß die Parteien über den Ort eines Schiffsunglücks eine Abrede treffen. Angesichts des "Verschwindens" des Frachters "München" im Jahre 1978 scheinen solche Fallgestaltungen auch heute nicht nur hypothetisch zu sein. Gerade dieser Punkt verdeutlicht aber weiter, daß die Aufklärung des wahren Sachverhalts oft nur schwer möglich, wenn

nicht gar unmöglich ist. In einem derartigen Streit scheint eine Abrede geradezu geboten.

Alle diese Dispositionsrotive belegen, daß keineswegs immer mit dem Abweichen vom wahren Sachverhalt die Verfolgung unlauterer Ziele verbunden sein muß. Dabei ist zu sehen, daß die genannten Motivationen nicht abschließend sind. Im Einzelfall sind durchaus weitere ehrenwerte Gründe denkbar.

Gewiß sind daneben auch andere Fallgestaltungen denkbar. So wird in neuerer Zeit die Frage diskutiert, ob die Parteien über Tatsachen disponieren können, weil ihnen die Rechtsfolgen des wahren Geschehensablaufs unerwünscht sind.

Im Vordergrund steht vor allem die Umgehung der Sittenwidrigkeit eines Vertrages.¹¹²

Als weiterer Beispielsfall möge ein fingierter Verkehrsunfall dienen. Zur Begründung von Ansprüchen gegen die Versicherung des Beklagten, hatte dieser den PKW des Klägers in dessen Einverständnis beschädigt. Im Prozeß gestand der Beklagte die seine Haftung begründenden Tatsachen zu.¹¹³

Der BGH¹¹⁴ hatte dem beklagten Schädiger auf Grund seiner Einlassung verurteilt. Die Einwilligung in die Beschädigung sei als solche nicht sittenwidrig. Wenn der Beklagte sich in der ihn ungünstigen Art und Weise einlasse, so habe er die Konsequenzen zu tragen. Volenti non fit iniuria! Allerdings wirke die Einlassung nicht gegenüber der mitbeklagten Versicherung.¹¹⁵

Angesichts der achtenswerten Gründe können rechtsmißbräuchliche Motive keinen Zwang zur Erforschung "materieller" Wahrheit begründen. Mißbrauch ist überall bei subjektiven Rechten möglich; dennoch hat noch niemand deren Abschaffung verlangt. Ein Abgehen der Parteien vom wahren Geschehen ist im Prozeß solange anzuerkennen, als damit nicht der Mißbrauch Tür und Tor geöffnet ist.¹¹⁶ Auch nach der materiellen Recht ist eine absolute Rechtsbewährung nicht geboten. In Einzelfällen wird der Wille des Handelnden über die Rechtsbewährung gestellt¹¹⁷

(z. B. § 814 BGB; § 313 S. 2 BGB), wodurch die Fähigkeit der Einzelperson, die eigenen Vorteile zu wahren, anerkannt wird.¹¹⁸

Gleichermaßen ist auch im Prozeß der Parteiwille zu beachten.¹¹⁹ Die Parteien können nicht als willenlos Beteiligte behandelt werden, solange es den unter ihnen bestehenden Konflikt zu lösen gilt. Das Prozeßergebnis muß in Grenzen ihr Verhalten mit einschließen; ¹²⁰ materielle Richtigkeit steht nicht über allem.¹²¹ Wahrheit ist nur insoweit zu erforschen, als öffentliche Interessen hieran bestehen. Am Zivilprozeß erschöpft sich dieses darin, daß "der ausgebrochene Streit auf eine für Ordnung, Ruhe und dauernden Bestand der Gemeinschaft ungefährliche Weise zum Austragen gebracht wird."¹²²

(3) Ergebnis

Für unsere Ausgangsfrage hat sich folgendes ergeben:

Die Wahrheitspflicht verbietet nur bewußt unwahren Vortrag. Untersagt ist eine Lüge im Prozeß. Tatsachen, deren Wahrheit oder Unwahrheit die Parteien nicht positiv kennen, dürfen sie bestreiten bzw. vortragen.

§ 138 I ZPO gilt nur beschränkt zugunsten des Gerichts. Dem Gericht darf durch falschen Vortrag nicht zusätzlichen Aufwand entstehen. Dies ist aber gerade nicht der Fall, wenn beide Parteien einen unrichtigen Sachverhalt gelten lassen wollen. Hier wird dem Gericht Arbeit abgenommen. Weiteres Aufklärungsinteresse des Gerichts ist zu verneinen.

VI. Abschließende Würdigung

Resultat unserer vorstehenden Ausführungen ist: Materielle Wahrheit gilt es im Prozeß nicht zu erforschen. Als Prozeßzweck gelten die Gewährung von Rechtsschutz und Bewährung objektiven

Rechts dadurch. Beide Zwecke verhalten sich "kongruent",¹²³ sind zwei Seiten ein und desselben Tatbestands.¹²⁴ Durch Gewährung von Rechtsschutz bewährt sich auch das objektive Recht. Wahrheit ist dabei kein operationales Zwischenziel.¹²⁵

Für die Frage nach der Zulässigkeit von Parteidispositionen folgt damit: Die Wahrheitspflicht steht einer Streitbegrenzung nicht entgegen.¹²⁶ Tatsachendispositionen sind also nicht generell ausgeschlossen. Wahrheitsfindung wird durch die Normen der Wahrheitsprüfung gewährleistet, nicht aber durch diese verabsolutiert.¹²⁷ Die Regelung der ZPO steckt den Rahmen einer Wahrheitsermittlung ab. Dieser darf auch dann nicht überschritten werden, wäre die Wahrheit auf andere Weise besser zu erforschen.¹²⁸

Ein so verstandener Rechtsschutz vernachlässigt nicht die bestehende Konfliktslage der Parteien.¹²⁹ Diese bliebe gerade unberücksichtigt, wollte man allein die objektive Lage, das wahre Geschehen, abstellen. Konflikt und Wahrheit verhalten sich nicht notwendig deckungsgleich. Man wende nicht dagegen ein, die Parteien könnten ihre Disposition später bereuen; wirksame Befriedigung sei dann nicht erreicht. Sicherlich besteht diese Möglichkeit, die jedoch das Gericht unter Umständen durch einen Hinweis gem. § 139 I ZPO abmildern kann. Im übrigen ist die Befriedigung genauso gut oder schlecht, wie bei den Beweislastentscheidungen. Eine Entscheidung gegen den erklärten Parteiwillen bedeutete aber nichts anderes als Rechtsverweigerung.¹³⁰ Die Parteien würden zwar nicht, wie Würthwein¹³¹ meint, in die Selbsthilfe zurückgestoßen; dies wäre Folge einer rigorosen Prozeßauffassung, die nur eine Konfliktlösung anerkennt und den Konfliktgrund aus den Augen verliert. Ihnen wäre aber in ihrem vorgetragenen Problem nicht geholfen. Ihr konkret vorgetragener Interessenkonflikt würde nicht, wie geboten,¹³² mit rechtlichen Mitteln gelöst.

Für Tatsachendispositionen gilt dasselbe wie für Anerkenntnis oder Verzicht. Das Vertrauen des Gesetzgebers, die einge-

räumten Befugnisse würden nicht mißbraucht, d. h. ein Geständnis (Anerkenntnis, Verzicht) entspräche jeweils dem wahren Geschehen, ist unverkennbar. Dieses in die Parteien gesetzte Vertrauen darf nicht wegen der generell bestehenden Mißbrauchsmöglichkeit, die der Gesetzgeber sicherlich auch gesehen hat, in Frage gestellt werden. Mißbrauch wird ohnehin wohl die Ausnahme bleiben.

Durch Anerkennung der Parteimacht bei der Sachaufklärung soll erreicht werden, daß das wirkliche Geschehen dem Urteil zugrunde gelegt wird.¹³³ Daß diese in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen nur "relativ"¹³⁴ möglich ist, ändert das zugrundeliegende Prinzip nicht. Auch ein Verfahren unter Geltung der Inquisitionsmaxime würden keine bessere Wahrheitsermittlung zeitigen. Das Ziel einer "menschennöglichen Gerechtigkeit" ist unter Geltung der Verhandlungsmaxime jedenfalls erreichbar.

Die Verwertung einzelner Tatsachen als Urteilsgrundlage bleibt also vom Parteivortrag abhängig.¹³⁵

Anmerkungen:

- 1) Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.
- 2) Vor allem Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245.
- 3) Zum Stand der Diskussion vgl. Schönfeld, S. 209 ff.; Melissinos, S. 34 ff.; Gaul, AcP 168 (1968), 27 (50 ff.)
- 4) RGBl 1933/I, S. 780. Zur Wahrheitspflicht in historischen Verfahren vgl. Olzen, ZZP 98 (1985), 403 ff.
- 5) Vgl. die Betonung des Volksganzen in Nrn. 6, 10, 18, 24 des Parteiprogramms der NSDAP; Darrau, S. 409. Der Staatssekretär im Reichsjustizministerium Rothenburger bezeichnete die Novellierung aber als "in den Kinderschuhen" stecken geblieben (DJ 1943, 66 (69)).
- 6) RGZ (GS) 151, 82.

- 7) Vgl. dazu de Boor, Auflockerung, S. 19, 66; ders., ZAkDR 1938, 834 (835) (die Verhandlungsmaxime als feste Bindung ist schon gefallen); Buchholz, JW 1937, 2745; Jonas, JR 1941, 1697 (Maximen sind gedankliche Fehlabbildungen); Ratz, AcP 143 (1937), 282 (314) (Verhandlungsmaxime als schädliche Frucht des Prozeßliberalismus); ferner Bull, ZAkDR 1942, 165; Bernhardt, DJZ 1936, 1404; Baumbach, ZAkDR 1938, 583; Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 64.
- 8) Schwan, JR 1935, 137; Freisler, DGWR 1941, 217 (220); dagegen Lent, ZAkDR 1936, 20; ders., JW 1933, 2674; Kisch, DJZ 1936, 913; ders., DR 1936, 8. Wie sehr dies aber nur einen Programmsatz darstellte, zeigen die Ausführungen Rothenburgers, DZ 1943, 66 ff.; ders., DR 1942, 1521.
- 9) Vgl. Brüggemann, iudex statutor, S. 83 ff.; Rothenburger, DJ 1943, 66 (68 ff.).
- 10) Hussong, DRiZ 1912, 490 (494); Reichert, DRiZ 1913, 736; Bovensiepen, DRiZ 1914, 227.
- 11) Mitteilung DRiZ 1913, 756 ff. (765 ff.).
- 12) Hussong, DRiZ 1912, 490 (496).
- 13) EhrenCH 8, 178; Brehm, S. 161.
- 14) Dies verdeutlichen die Argumente von Neumann, JW 1908, 641 ff. und Bokelmann, JW 1914, 19 ff.; er klagt, der Zivilprozeß sei das einzige Ermittlungsverfahren, das in Händen Privater liege.
- 15) RGBl 1933/I, S. 780; vgl. auch R. Schmidt, ZZP 61 (1939), 253 (259). Diesem Vorwurf kam nach damaligem Verständnis Gesetzeskraft zu (Schmidt, DJZ 1935, 925 (922 ff.)).
- 16) Hervorhebung vom Verfasser.
- 17) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, S. 59.
- 18) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; Goldschmidt, JW 1931, 2444 (2446), lag in der Einführung der Wahrheitspflicht (§ 288 III ZPO (1933)), die Abkehr vom Geist der Verhandlungsmaxime.
- 19) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 1.
- 20) Jauernig, ZPR, § 26 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 4.
- 21) Jauernig, ZPR, § 26 IV; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 3.
- 22) BGH, NJW 1968, 1253; BGH, NJW 1971, 284; BGH, BB 1964, 150; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 2; Thomas-Putzo, ZPO, § 138, Anm. I 1; Blomeyer, ZPR, § 30 VII; Jauernig, ZPR, § 26 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 4; Grunsky,

- Grundlagen, § 19 V 1; Henckel, Prozeßrecht, S. 298; Krencker, S. 53; Nelte, S. 30; Rosenberg, ZZP 57 (1933), 158; E. Schneider, DRiZ 1963, 343; Zeiss, Prozeßpartei, S. 46.
- 23) Dies gilt insbesondere, soweit Kausalitätsfragen und Schadensverläufe in Frage stehen, vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 138, Anm. I 2 a.
- 24) BGH, BB 1964, 150; BGH, NJW 1971, 284; Jauernig, ZPR, § 26 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 4; Henckel, Prozeßrecht, S. 298. Auch Schoofs, S. 157 ff.
- 25) RAGE 17, 189; BGH, ZZP 71 (1958), 364; BGH, NJW 1961, 826 (828); BGH, NJW-RR 1986, 60; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138, Anm. 4 a; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 28; Zöller-Stephan, ZPO, § 138, Rdnr. 2, 10. Olzen, ZZP 98 (1985), 403 (423) zieht die Grenze bei eigener Wahrnehmung.
- 26) BGH, NJW 1968, 1253; Jauernig, ZPR, § 26 II.
- 27) Wahrheitspflicht, S. 44.
- 28) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 223 ff. (226).
- 29) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 233. Olzen läßt Bestreiten als unbekannt zu (ZZP 98(1985), 422).
- 30) Brehm, S. 172 ff.
- 31) Wahrheitspflicht, S. 232.
- 32) Brehm, S. 172.
- 33) S. 23; ähnlich J. R. Searle, Sprechakte, S. 11 ff.; E. v. Savigny, Philosophie der normalen Sprache, S. 127 ff.
- 34) Brehm, S. 170; Steinitz, JW 1914, 133; Wurzer, ZZP 48 (1920), 421, der dies damit begründet, das deutsche Volk sei ein "Hort des Idealismus".
- 35) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 2; vor § 128, Rdnr. 213, 216; Bruns, S. 243; Brehm, S. 170; früher bereits Bokelmann, JW 1914, 22; Schweitzer, JW 1914, 520; vgl. auch Wittgenstein, S. 17; vgl. auch Rosenberg, Beweislast, S. 66.
- 36) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 4; Zeiss, Prozeßpartei, S. 46; ähnlich Wurzer, ZZP 48 (1920), 487; Peters, Ausforschungsbe-
weis, S. 85 ff., die die Wahrheitspflicht aus Treu und Glauben begründen.
- 37) Vgl. besonders Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245 (246).
- 38) Besonders Wach, Grundfragen, S. 26; R. Schmidt, JW 1913, 766; vgl. auch BVerfG, JZ 1979, 597.
- 39) Wach, Grundfragen, S. 27; Grunsky, Grundlagen § 1 II; kritisch Rödig, S. 151 ff.

- 40) Bernhardt, ZPR, S. 3 ff.; Klein, Zeit- und Geistesströmungen, S. 25; Pollak, S. 82, auch Olzen, ZP 98 (1985), 403 (419 ff.).
- 41) Bathe, S. 39; Bernhardt, JZ 1963, 245 ff.; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 42) Hellwig, System I, S. 407; vgl. auch Gaul, AcP 168 (1968), 27 (49).
- 43) Vgl. dazu Brehm, S. 23
- 44) Vor allem E. Peters, ZP 82 (1969), 200 ff.; ders., ZPR, § 8, 9. Abschn.; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 92 ff.; ders., NJW 1979, 1225; vgl. auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 128, Anm. 2 F. Anh. § 282, Anm. 3 D; Zöller-Stephan, ZPO, § 371, Rdnr. 5; Bernhardt, ZPR, § 1 VI a 1, § 37 II; Bruns, ZPR, Rdnr. 181 a; Nikisch, ZPR, § 53 II 1, 2; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 4 II, § 57 V 2 a; Henckel, Prozeßrecht, S. 92, 100 ff.; v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 218 ff., 282 ff., 407; ablehnend Wieczorek, ZPO, § 371, Anm. C III a; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 118 VI, 3, § 122 IV 2 b; Gottwald, ZP 92 (1979), 364 (367); Konzen, S. 234 ff. Lüke, JuS 1986, 2; Olzen, ZP 98 (1985), 403 (416/17).
- 45) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 222.
- 46) Vgl. Jacoby, ZP 74 (1961), 145; Gottwald, ZP 92 (1979), 364 (367).
- 47) Vgl. hierzu die Kritik von E. Peters, ZP 82 (1969), 200 (205 ff.) m. w. N.
- 48) Die h. M. (RG, WarnRspr 1933, Nr. 86; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 423, Anm.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 423, Anm. 1; Thomas-Putzo, ZPO, § 423, Anm.; Zöller-Stephan, ZPO, § 423, Anm.; Blomeyer, ZPR, § 77 II 2 b; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 122 IV 2 b; § 118 VI 3; Siegel, Vorlegung von Urkunden, S. 92 ff.; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 101) versteht die "Bezugnahme" des § 423 ZPO nicht notwendig als Beweisantritt.
- 49) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 92 ff.; E. Peters, ZP 82 (1969), 200; Bruns, ZPR, Rdnr. 181 a.
- 50) Vgl. nur Stürner, Aufklärungspflicht, S. 101.
- 51) Wahrheitspflicht, S. 305 ff.
- 52) v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 381.
- 53) RGBl. 1933/I, S. 780.
- 54) Konzen, S. 236 ff.; vgl. auch Baumgärtel, ZP 69 (1956), 89 (120); ders., AcP 169 (1969), 181; abweichend Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 19.

- 55) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 118 VI 3; vgl. Lücke, JuS 1986, 2 (3).
- 56) Rosenberg, Beweislast, S. 191, Auf Arglist bei Hintertreiben stellen Coldschmidt, ZPR, § 50, 2; Hellwig, System I, § 157 II 3 und Riezler, IherJahrb. 89 (1941), 177 (239), ab.
- 57) Gottwald, ZZP 92 (1979), 364 (367); auch Lücke, JuS 1986, 2 (3).
- 58) AcP 158 (1959/60), 469 (483 ff.).
- 59) Zutreffend Gerhardt, AcP 169 (1969), 289 (307); Konzen, S. 235.
- 60) Aufklärungspflicht, S. 51 ff.
- 61) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 50.
- 62) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 51 m. Fn. 82; ähnlich Degenkolb, S. 28; Gaul, AcP 168 (1968), 27 (61); Hellwig, Klagerecht, S. 93; Schumann, Festschrift für Bötticher, S. 307.
- 63) Ebenso Arens, ZZP 96 (1983), 1; Brehm, S. 25.
- 64) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 84; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 5; Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 15 Fn. 27; wohl auch Brehm, S. 21 ff.
- 65) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 84; Henckel, Prozeßrecht, S. 144.
- 66) Siehe oben § 5 II 3 a.
- 67) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 84; Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 28; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 5. Die Relativität der Wahrheitsaufdeckung macht den Unterschied zu der Auffassung der Vertreter der "materiellen" Wahrheit deutlich. Auch sie erkennen nur eine Wahrheit an. Diese gelte es aber um jeden Preis zu ermitteln (vgl. nur Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.).
- 68) RGBI 1933/I, S. 780.
- 69) L. Schmitt, DJZ 1935, 920 (922, 923).
- 70) Siehe oben § 6 IV 3 a.
- 71) Vgl. de Boor, Auflockerung, S. 35; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 13; Habscheid, Streitgegenstand, S. 156; Wiese, Rechtsschutzinteresse, S. 25 ff.; anders jetzt Habscheid, KTS 1973, 95 (97); vgl. auch Habscheid, FamRZ 1964, 470. Pohle, Festschrift für Lent, S. 198, kritisierte dies folgendermaßen: "Der Zweck der Rechtsbewährung hat Kinder gezeugt,

die ihm über den Kopf wachsen, ja ihn zu erschlagen drohen". Ähnlich Münzberg, AcP 168 (1967), 392; Schlosser, Gestaltungsfragen, S. 332.

- 72) Zum Mißbrauch der Arbeitskraft des Gerichts wegen nicht zu billigen Motivationen der Parteien bei der Disposition vgl. die folgenden Ausführungen unter (dd).
- 73) So Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245 ff.
- 74) Vgl. dazu Bernhardt, JZ 1963, 245; Bathe, S. 39; Klein, Zeit- und Geistesströmungen, S. 25; Pollak, S. 85; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 75) Vgl. auch Grunsky, Grundlagen, § 1 II (S. 4).
- 76) Brehm, S. 22 ff.
- 77) Pagenstecher, S. 302.
- 78) Pawlowski, ZZP 80 (1967), 362; Schumann, Festschrift für Bötticher, S. 305.
- 79) Bsp. nach Brehm, S. 26.
- 80) Zur Frage des materiell unrichtigen Urteils vgl. Schönke, AcP 150 (1949) 216; ders., Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 ff.; de Boor, Auflockerung, S. 21, 35; ders., Gerichtsschutz, S. 51; Degenkolb, S. 25; gegen diese Pohle, Festschrift für Lent, S. 198; Habscheid, ZZP 81 (1968), 175; ders., KTS 1973, 95 (97); vgl. auch Melissinos, S. 36 ff. s. u. (cc).
- 81) So aber Bernhardt, JR 1966, 322; E. Schmidt, Zweck, S. 34.
- 82) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 22; Brehm, S. 27.
- 83) Vgl. nur Thomas-Putzo, ZPO, 273, Anm. 2, Nr. 1, 4.
- 84) Eine Ausnahme stellt nur § 372 a ZPO dar.
- 85) Siehe oben § 3 III 3. Vgl. auch OLG Nürnberg, Jur Büro 1961, Nr. 74; OLG Koblenz, NJW 1968, 897; E. Schneider, Beweis, S. 36; ders., MDR 1969, 4; Peters, ZZP 82 (1969), 200; Gerhardt, AcP 169 (1969), 289.
- 86) Zum Begriff der Verzögerung vgl. nur Thomas-Putzo, ZPO, § 296, Anm. 2.
- 86a) Olzen, ZZP 98 (1985), 403 (327) sieht nur eine Beschränkung der Wahrheitsermittlung, nicht aber der Anforderungen an die Wahrheit.
- 87) BVerfG, NJW 1980, 1737; vgl. auch BVerfG, NJW 1983, 1307; dazu auch Waldner, § 10 II 1 m. w. N.
- 88) BVerfG, NJW 1974, 133 m. w. N.

- 89) BVerfG, NJW 1980, 1737; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 30 ff. (33 ff. m. w. Nr.).
- 90) Benda-Weber, ZZP 96 (1983), 285 (299); BVerfGE 55, 349 (369). In die gleiche Richtung weist Ballon, ZZP 96 (1983), 474, wenn er im Prozeß ein soziales Übel sieht, das es rasch zu beseitigen gelte. Den Parteien sei an einer raschen Entscheidung gelegen. Ebenso Klein, pro futuro, S. 72 ff.; Sprung, JBl 1981, 340; Olzen, ZZP 98 (1985), 403 (417).
- 91) Berges, BB 1971, 1421.
- 92) Vgl. dazu schon das vorstehende Beispiel.
- 93) Zeit- und Geistesströmungen, S. 22; Vierhaus, Soziale und wirtschaftliche Aufgaben, S. 68.
- 94) Grund- und Fundamentalwissenschaften, 1838, Zit. nach Bülöw, ZZP 27 (1900), 201 (225, Fn 12), worauf sich auch Klein-Engel, S. 244 und Gaul, AcP 168 (1968), 27 (52) beziehen.
- 95) Zeit- und Geistesströmungen, S. 2.
- 96) Schiedermair, FamRZ 1955, 282 (283).
- 97) Ähnlich Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 I 5.
- 98) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 300, Anm. I; a. M. Grunsky, Grundlagen, § 40 II. Nach Grunsky kann der Richter auch Beweis erheben, wenn damit u. U. schwierige Rechtsfragen umgangen werden können. Dies ist jedoch abzulehnen. Der Richter könnte damit gerade seine Aufgabe, nämlich Rechtsfragen zu entscheiden, umgehen. Des weiteren fordert effektiver Rechtsschutz auch eine Minimierung der Kostenlast. Dies gilt umso mehr, als nicht feststeht, ob die (möglicherweise teure) Beweisaufnahme ein Ergebnis zeitigt, das die Entscheidung der Rechtsfrage hinfällig macht. Vgl. auch Grunsky, JuS 1972, 32 (33), dagegen Steines, JuS 1972, 521.
- 99) Zu den Gegnern vgl. § 6 IV 2 Fn. 34.
- 100) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 112, 151.
- 101) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 112.
- 102) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 110.
- 103) Zippelius, Rechtsphilosophie, § 24 VI; ders., Das Wesen des Rechts, Kap. 22 e.
- 104) Zippelius, Rechtsphilosophie, § 24 VI; ders., Das Wesen des Rechts, Kap. 22 e.

- 105) Sax, ZRP 67 (1954), 21 (40).
- 106) Goldschmidt, Prozeß, S. 188; vgl. auch Reichel, Festschrift für Wach, Sonderdruck, S. 6
- 107) Bernhardt, ZPR, S. 3 ff.; ders., JZ 1963, 245; Bathe, S. 39; v. Canstein, Zweck, S. 38; Klein, Zeit und Geistesströmungen, S. 25; Klein-Engel, S. 25; Pollak, S. 82; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (202).
- 108) Eine Analyse der wichtigsten Motive findet sich bei Würthwein, S. 40 ff.
- 109) Festschrift für Rosenberg, S. 9 (27); vgl. auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII; Anhalt, S. 55; Würthwein, S. 40 ff.
- 110) S. 41.
- 111) LZ 1932, 322.
- 112) Vgl. nur BGH, NJW 1982, 1981; KG, NJW 1983, 291. Die weitere Frage, ob das Gericht angewiesen werden kann, die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit aus den wahren Tatsachenvortrag nicht zu ziehen, wird im 2. Hauptteil behandelt.
- 113) Fall nach BGH, VersR 1978, 862.
- 114) VersR 1978, 862.
- 115) Ein weiteres Beispiel glaubt Brehm, S. 24, anführen zu können. Hier klagt ein vom Bauunternehmer beauftragter Fliesenleger gegen den Bauherrn auf Werklohn. Dieser beruft sich nicht auf den fehlenden Vertrag, sondern wendet allein Mängel ein, die eine Verurteilung rechtfertigten. Brehm meint, eine Zug um Zug Verurteilung müsse dann auch erfolgen. Mit der Disposition würden keine unlauteren Ziele verfolgt, wenn aus Gründen des Anstandes bezahlt werden solle.

Dieses Beispiel paßt - worauf Gottwald, AcP 183 (1983), 201, hinweist - nicht in diesen Rahmen. In Wahrheit disponieren die Parteien über einen Vertrag, also eine Rechtsfrage. Dazu vgl. unten 2. Hauptteil, insbes. § 12 II 3 b.
- 116) Ebenso Brehm, S. 23.
- 117) Würthwein, S. 39.
- 118) Braun, S. 40; Bülow, Geständnisrecht, S. 242 ff.; Lent, ZRP 63 (1943), 3 (43); Würthwein, S. 50.
- 119) A. M. Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (11); ders., JZ 1963, 245 ff.; Thomas, S. 151; wie hier Würthwein, S. 50 m. w. N.
- 120) Henckel, Gerechtigkeitwert, S. 23.

- 121) So bereits v. Canstein, Zweck, S. 34 ff.; Bülow, Geständnisrecht, S. 130, 243; Francke, S. 44; Knecht, S. 81; H. Müller, S. 50 ff.; Wildhagen, ZJP 60 (1937), 158 (181 ff.); und jetzt Anhalt, S. 34; Grunsky, Grundlagen, § 20 I; Henckel, Gerechtigkeitswert, S. 23; ders., Prozeßrecht, S. 61 ff., 135 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 30 ff. 58 ff.
- 122) Wildhagen, ZJP 60 (1937), 159 (181).
- 123) Melissinos, S. 36.
- 124) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III 2. Vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 60; Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 13 ff.; Jauernig, JuS 1971, 361.
- 125) Schönfeld, S. 33.
- 126) BGH, VersR 1978, 862 (863).
- 127) Gaul, AcP 168 (1968), 27 (50); a. M. Olzen, ZJP 98 (1985), 420.
- 128) RG, JW 1913, 385 (386); RG, JW 1914, 688; BGH, NJW 1979, 1944; BGH, DB 1973, 1792; Brehm, S. 27 ff.; Gaul, AcP 168 (1968), 27 (50); vgl. auch Wieczorek, ZPO, § 128, Anm. B III c 3; anders BGH, NJW 1978, 1255 (wirksame Unterschrift unter einem bestimmenden Schriftsatz).
- 129) Der Konflikt ist nicht zu weit, um im Prozeß Beachtung zu finden (so aber Rosenberg-Schwab, ZPR, § 1 III 3), sofern man ihn durch den Rechtsschutzantrag bestimmt sieht. Vgl. Wolf, Gerichtliches Verfahrensrecht, S. 16 ff.
- 130) v. Canstein, Zweck, S. 37.
- 131) S. 52, 52; vgl. Kress, S. 50; Francke, S. 44; Bülow, Geständnisrecht, S. 244; v. Canstein, Zweck, S. 37.
- 132) Gottwald, ZJP 95 (1982), 245.
- 133) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 84.
- 134) Gilles, Festschrift für Schiedermaier, S. 197 ff.; Maniotis, S. 80 ff.
- 135) Ebenso BVerfG, NJW 1979, 1927; BGH, MDR 1978, 567, LG Berlin, NJW 1978, 1061; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 128 Anm. 3 c; vgl. auch Haegele, AnwBl 1977, 403.

§ 7 Dispositionsrecht der Parteien und Umfang

Wurde die Parteifreiheit und damit die Möglichkeit der Parteien zu Tatsachendispositionen bejaht, bleiben nachfolgend noch deren Grenzen zu untersuchen.

Hierbei sind besonders folgende Fragen zu beachten:

1. Wie weit geht die Dispositionsmöglichkeit hinsichtlich einfacher¹ Tatsachen?
 - a) Können die Parteien generell das Gericht durch Vortrag unwahrer und Verschweigen wahrer Tatsachen binden?
 - b) Steht einer Bindung entgegen, daß behauptete Tatsachen außerhalb des Wahrnehmungsbereichs der Parteien liegen?
 - c) Ist eine Bindung auch dann anzunehmen, wenn eine Partei die Unwahrheit einzelner Tatsachenbehauptungen zwar erwähnt, diese gleichwohl aber zugesteht oder nicht bestreitet?
2. Kann das Gericht auch im Bereich offenkundiger Tatsachen an den Parteivortrag gebunden werden?

Zur Lösung sollen zunächst die den Parteien offenstehenden Dispositionsnormen erfragt werden (nachfolgend I). Es schließt eine Betrachtung des Verständnisses der einschlägigen Normen an (nachfolgend II), worauf eine Hinwendung zu den aufgeworfenen Einzelfragen erfolgt (nachfolgend III).

Anmerkung:

- 1) In Abgrenzung zu offenkundigen Tatsachen.

I. Einzelne Dispositionsnormen

1. §§ 306, 307 ZPO

Diese Vorschriften werden verschiedentlich¹ zur Begründung eines Verfügungsrechts der Parteien angeführt. Bei Verzicht oder Anerkenntnis einer Partei ist ohne Prüfung der materiellen Rechtslage ein Verzichts- bzw. Anerkenntnisurteil zu erlangen. "Wenn eine Partei über ihr Recht mit voller Wirkung - Verlust des Rechts - verfügen" könne, dann sei es gestattet "sich prozessual auch so" zu "verhalten, daß ähnliche Wirkungen wie bei der Verfügung eintreten".²

Anerkenntnis und Verzicht beinhalten zwar prozessuale Dispositionen;³ die vorstehende Auffassung verkennt jedoch den Wesensunterschied zum Geständnis, den Tatsachendispositionen. Die ersteren Institute haben unmittelbar streitbeendigende Wirkung.⁴ In Falle der Tatsachendisposition (Geständnis) wird der Streit aber gerade fortgesetzt. Nur der Umfang einer notwendigen richterlichen Überzeugungsbildung wird beschränkt, ohne die Streitentscheidung entbehrlich zu machen.⁵

§§ 306, 307 ZPO lassen nichts in Bezug auf Tatsachendispositionen erkennen. Dies zeigt sich auch bei sog. "beschränkten" Anerkenntnissen.⁶ Eine direkte Anwendung von § 307 ZPO kommt nicht in Betracht,⁷ da noch eine Streitentscheidung zu treffen ist.⁸

2. § 286 ZPO

Das RG zog diese Vorschrift in einer Entscheidung⁹ zur Ableitung der Verhandlungsmaxime heran.

Der Kläger verlangte Herausgabe eines Wagens und Feststellung seines Eigentums daran. Er hatte vorgetragen, der Wagen sei ihm bereits vorher zum Zwecke der Übereignung übergeben worden. Die Vorinstanz hatte der Klage aus einem Besitzkonstitut (§§ 930, 868 BGB) stattgegeben. Das RG hob diese Ent-

scheidung auf. Es fehle an einem die Annahme des Besitzkonstituts rechtfertigenden Parteivortrag; deshalb sei gegen die aus § 286 ZPO folgende Verhandlungsmaxime verstoßen.

§ 286 ZPO enthält keine positive Aussage zugunsten eines parteilichen Dispositionsrechts. Ob die Verhandlungsmaxime aus dieser Vorschrift resultiert, ist zweifelhaft, hat aber für den Fall keine Bedeutung.

Gegen eine Dispositionsbefugnis ist die Vorschrift des § 286 ZPO ebenso nicht heranzuziehen, da eine freie Würdigung des Parteiverhaltens nicht in Betracht kommt.¹⁰ Das Gericht kann sich damit nicht über unstreitigen Parteivortrag hinwegsetzen. Es dürfen zwar Schlüsse aus dem Streitstoff und einer Beweisaufnahme gezogen werden, die keine Partei gezogen hat;¹¹ dies stellt aber keine Einführung neuer Tatsachen dar, was eine Tatsachendisposition zunichte machte.

3. § 256 ZPO

Gegen eine Tatsachendisposition kann auch nicht § 256 ZPO angeführt werden. Diese Vorschrift setzt die Feststellung konkreter und aktueller Streitfragen voraus.¹² Bei Tatsachendispositionen wird aber das tatsächliche Geschehen nicht verändert; es handelt sich insoweit um keine - unzulässige¹³ - fingierte und abstrakte Streitigkeit.

Eine solche Argumentation muß nicht erst mit Costedes¹⁴ Verständnis widerlegt werden, der annimmt, § 256 ZPO wolle die Entscheidung über abstrakte Rechtsfragen nur gegen den Willen des Beklagten verhindern. Dies ist so aus dem Gesetz nicht zu begründen. Der Tatsachendisposition fehlt aber die streitbeendigende Wirkung. Mit ihr wird der tatsächliche - und kein fingierter - Streit fortgesetzt. Der konkret bestehende Konflikt erheischt weiter einer Lösung.¹⁵

4. §§ 138 III, 288 ZPO

Als Grundlage einer Parteidisposition im Tatsachenbereich verbleiben damit nur §§ 138 III, 288 ZPO. Der Wortlaut dieser Vorschriften läßt zumindest auf eine faktische Dispositionsmöglichkeit schließen, mit der Folge, daß die zugestandenen Tatsachen dem Urteil bindend zugrundegelegt sind. § 290 ZPO ordnet eine Bindung auch bei bewußt unwahren Geständnissen an.

Unsere Problemlösung kann sich letztlich nur aus dem Verständnis dieser Dispositionsnormen ergeben. Diese wollen nachfolgend (unten II) einer näheren Betrachtung unterworfen werden. Ergibt sich aus ihnen eine tragfähige Grundlage für parteiliche Tatsachendispositionen, so sind deren Grenzen festzustellen (unten III).

Anmerkungen:

- 1) Blomeyer, ZPR, §13 II; Hellmann, ZPR, § 56; ähnlich Lent, ZRP 63 (1943), 3 (43 ff., 46/47).
- 2) Lent, ZRP 63 (1943), 3 (47), Hervorhebung im Original.
- 3) A. M. Häsemeyer, ZRP 85 (1972), 207 (225 ff.).
- 4) Prozeßbeendigende Wirkung des Anerkenntnisses (so Wolf, Anerkenntnis, S. 19 ff.) ist wegen des Antragserfordernisses abzulehnen. Gegen Wolf auch Arens, ZRP 87 (1974), 356 ff.; Baumgärtel, ZRP 87 (1974), 121 (129).
- 5) So BGH, ZRP 71 (1958), 95 ff.; Bernhardt, DJZ 1936, 1408; J. P. Schmidt, S. 150; Würthwein, S. 37 ff.
- 6) Dazu ausführlich § 13.
- 7) Für eine analoge Anwendung sind Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2 (S. 802) m. w. N.
- 8) Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2; Wolf, Anerkenntnis, S. 62 ff.; Würthwein, S. 76 ff., 84 ff.
- 9) RG, SeuffArch 76 (1921), Nr. 20; ähnlich RGZ 139, 353;

kritisch Hahn, Kooperationsmaxime, S. 36, 54.

- 10) Siehe oben § 5 III 1 b (4).
- 11) RGZ 95, 70; RGZ 80, 363.
- 12) Statt aller Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 256, Anm. II; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 94 II 1.
- 13) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 94 II 1 ; a. M. v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 209.
- 14) Scheinprozesse, S. 104 ff.; ders., ZZP 82 (1969), 438 (448).
- 15) Ebenso Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (210); Würthwein, S. 38 ff.

II Verständnis der Dispositionsnormen

Die Vorschriften der §§ 138 III, 288 ZPO bedingen eine Geständnisfiktion, unabhängig von der Richtigkeit des zugestandenen Tatsachenvortrags.¹ Allein in § 290 ZPO liegt ein Unterschied begründet. Kann nicht Bestrittenes bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung noch bestritten werden,² besitzt das Geständnis eine größere Bindungswirkung.

Trotz dieses eindeutig scheinenden Wortlauts werden die Dispositionsnormen dogmatisch unterschiedlich beurteilt. Auf geäußerte Bedenken soll hier noch kurz eingegangen werden.

Drei Punkte sollen näher erörtert werden. Einmal gilt es, die Funktion der Geständnisvorschriften zu betrachten. Kommt ihnen nur "Entlastungsfunktion"³ zu, was der Verwertung nicht vorgetragener bekannter Erkenntnisse nicht entgegenstehen muß oder regeln sie echte Freiräume der Parteien im Prozeß?⁴

Weiter, kann das Gericht durch Auslegung bestimmen, wann ein Geständnis oder Nichtbestreiten vorliegt? Damit könnte es auch den Umfang der Ermittlung bestimmen.⁵ Schließlich ist noch auf die Rechtsnatur des Geständnisses einzugehen. Bedeutet dies eine bloße Wissenserklärung oder enthält es auch prozessual erhebliche Willensmomente?⁶

1. Bedeutung der Dispositionsnormen

Dem hier bestehenden Streit zwischen der Annahme einer nur formalen "Entlastungsfunktion"⁷ der Geständnisvorschriften und deren Einordnung als der materiellen Verfügungsbefugnis entsprechende Vorschriften⁸ kommt größere Bedeutung zu, als es zunächst scheinen mag. Sicherlich macht es keinen Unterschied, wenn man sagt, die Parteien dürften bindend über Tatsachen disponieren oder auf Grund von Geständnis bzw. Nichtbestreiten reduziere sich der klärungsbedürftige Streitstoff auf die be-

strittenen Behauptungen. Deutlicher wird der Unterschied jedoch, vergegenwärtigt man sich einen Fall, in dem das Geständnis zu keiner Entlastung des Gerichts führt, etwa weil dem Richter das wahre Geschehen ohnehin bekannt ist. Bedeutung gewinnen in diesem Zusammenhang auch die Vorschriften der §§ 138 I, II, 130 Nr. 4, 282 I, 277 I ZPO.⁹ Durch vollständige und substantiierte Erwidern kann die Entlastungsfunktion weiter abgebaut werden. All dies könnte letztlich zu einer Minimierung der tatsächlichen Dispositionsmöglichkeit der Parteien führen.

Es ist also das "Spannungsverhältnis"¹⁰ von § 138 III ZPO zu den genannten Vorschriften zu untersuchen. Dabei kann schon auf ein bereits gewonnenes Ergebnis zurückgegriffen werden. Eine Dispositionsmöglichkeit steht der Verpflichtung des § 138 I ZPO nicht entgegen.¹¹ Das Gericht ist nicht geschützt, soweit ihm durch Vortrag unwahrer Tatsachen keine zusätzliche Belastung auferlegt wird.¹²

Genauerer Betrachtung bedarf die Vorschrift des § 138 II ZPO. In ihr wird eine Erklärungspflicht hinsichtlich aller vom Gegner aufgestellten Tatsachenbehauptungen statuiert. Diese Erklärung soll, wie § 130 Nr. 4 ZPO feststellt, bereits in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten sein. Hier wirkt sich nun einmal die allzuoft überflüssigerweise strapazierte Unterscheidung zwischen prozessualen Pflichten und Lasten der Parteien¹³ aus. Besteht eine Handlungspflicht, so kann im konkreten Fall von den Parteien ein "bestimmtes Verhalten ... gefordert, ein anderes Verhalten mißbilligt" werden. Ein Ausweichen der Parteien ist nicht möglich.¹⁴ Bei bestehenden Lasten kann von den Parteien eine an sich wünschenswerte Vornahme einer Handlung nicht verlangt werden; kommen die Parteien ihrer Last nicht nach, haben sie aber die Versäumnisfolgen zu tragen.¹⁵ Ordnet man § 138 II ZPO als Handlungspflicht ein, so ergibt sich in der Tat - wie Hahn¹⁶ meint - eine Diskrepanz zu Abs. 3 der Vorschrift. Die Annahme eines Stufenverhältnisses könnte

dies nicht oder nur unbefriedigend lösen. Jedoch wird - soweit ersichtlich - allgemein eine Erklärungslast in der genannten Vorschrift erblickt.¹⁷ Allein dieses Verständnis ermöglicht eine widerspruchsfreie Erfassung der gesamten Vorschrift des § 138 ZPO.

§ 138 II ZPO beinhaltet folgendes: Die Gegenpartei muß sich über behauptete Tatsachen in substantiiert er Weise erklären. Die bloße Bemerkung, eine Behauptung sei "nicht wahr" ist ebenso unbehelflich. Es muß erkennbar sein, an welchem Punkt die bestreitende Partei anderer Meinung ist, und wo sie mit dem Behauptungsführer konform geht.¹⁸

Vergleicht man dies mit dem Verständnis von Abs. 1, der Verpflichtung zu subjektiver Wahrheit, so ergäbe sich ein Widerspruch, nähme man Abs. 2 als Handlungspflicht. Subjektive Wahrheit bedeute, daß die Partei selbst dann, wenn sie eine Behauptung für wahr hält, diese bestreiten kann. Wollte sie ihrer Pflicht aus § 138 II ZPO nachkommen, müßte sie weiterhin ihre Befürchtungen vortragen, die sie an die Richtigkeit der Behauptung glauben lassen. Ein solches Vorgehen wäre mit der im Prozeß vorherrschenden Kommunikationsstruktur¹⁹ unvereinbar.

Die Erklärungspflicht über gegnerische Behauptungen ist schon eine Folge des unter den Parteien bestehenden Prozeßverhältnisses.²⁰ Ebenso wie § 138 I ZPO ist Abs. 2 eine Ausprägung des daraus resultierenden Redlichkeitsgebots. So sind die Parteien mit der Vollständigkeitspflicht bereits gehalten, ihnen ungünstige aber erhebliche Tatsachen gleichfalls vorzubringen. Dieses Gebot zur Redlichkeit untereinander findet aber dort seine Grenze, wo die Gegenpartei das Verhalten billigt.²¹ Ein Vortrag aller Tatsachen kann ebenso unterbleiben, soweit der Gegenpartei kein Nachteil erwächst. Wird in diesen Fällen von der behauptenden Partei kein Vortrag aller tatsächlichen Umstände gefordert, kann von der Gegenpartei schwerlich mehr verlangt werden. Zudem schadet sie sich in der Regel selbst, erklärt sie sich nicht zu den aufgestellten Behauptungen. Sie trägt die

Folge, gegebenenfalls mit späteren Einwendungen nicht mehr gehört zu werden.

In gleicher Weise sind aber auch §§ 277 I, 282 II ZPO zu verstehen, deren Regelungsinhalt nur auf spätere mögliche Präklusion verzögerliches Vorbringen hinweist. Sie führen nicht zur Annahme einer Einlassungspflicht.

Damit hat unsere bisherige Betrachtung eine Bestätigung der allgemeinen Ansicht ergeben, die in § 138 II ZPO eine Last der Parteien erblickt. Damit in Einklang steht, daß § 138 III ZPO den Parteien kein Verbot von Dispositionen auferlegt, sondern nur dem Gericht eine Entlastung zuweist.^{21 a}

2. Gerichtliches Ermessen bei der Auslegung nach einem partei- lichen Geständnis oder Nichtbestreiten

Zwei Aspekte lassen bei den Dispositionsnormen richterliches Ermessen mit der Folge richterlicher Streitbestimmung einfließen: So wird vertreten, der Richter könne dort, wo keine ausdrückliche Erklärung, betreffend das (Nicht-)Bestreiten oder Zuge-
stehen, abgegeben wird, nach seinem Ermessen bestimmen, wie das Verhalten auszulegen sei.²² Darüber hinaus wird teilweise dafürgehalten, auch positive Erklärungen dürften auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden.²³ Erscheinen diese unwahrscheinlich und verweigere die Partei weitere Aufklärung, so könne darauf geschlossen werden, die Partei müßte lügen oder ihr ungünstige Umstände vortragen, wolle sie weitere Tatsachen vorbringen.²⁴

Beide Auffassungen können nicht überzeugen. Die zweite Argumentation ist mit dem bereits Ausgeführten²⁵ abzulehnen. Behaupten und Bestreiten dient der Festlegung der unter den Parteien streitigen Punkte. Die Richtigkeit der einzelnen Tatsachenbehauptung soll erst die Beweisaufnahme erbringen. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, daß sich auch zunächst unwahrscheinlich anmutendes Vorbringen als richtig erweist.

Ein Beispiel hierfür bildet der bereits erwähnte Fall des BGH.²⁶ Wendet der Beklagte gegen die Leistungsklage einer Bank (40.000,-- DM) ein, er habe von dem Inhaber der Bank auf Grund einer mündlichen Vereinbarung eine Gutschrift von 27.000,-- DM erhalten, so mag die mündliche Abrede durchaus ungewöhnlich sein. Keinesfalls ist der Vortrag aber von daher schon erwiesenermaßen unrichtig, geschweige denn unsubstantiiert. Seine Richtigkeit unterstellt, ist er geeignet, die Klageforderung teilweise zu Fall zu bringen. Ob er richtig ist, hat die Beweisaufnahme zu klären. Es wäre Rechtsverweigerung, setzte sich der Richter aus vermeintlich besserer Einsicht über das Begehren einer Beweisaufnahme hinweg. Solches Verhalten wird auch nicht durch die Unüblichkeit des vorgetragenen Geschehens gerechtfertigt.²⁷ Die Sachverhaltsfeststellung würde ansonsten mit der Beweiswürdigung vermischt.²⁸

Der Richter kann also - zumindest auf diesem Weg - die Sachverhaltsaufklärung nicht steuern. Ihm unwahrscheinlich scheinende Tatsachen darf er nicht als "unsubstantiiert" übergehen, solange deren Vortrag in sich stimmig und den Klageanspruch zu vernichten geeignet ist.

Doch auch eine Auslegung des Parteiverhaltens dergestalt, daß der Richter nach seinem Ermessen entscheidet, wann ein Geständnis bzw. ein Nichtbestreiten gegeben ist, verbietet sich. Es würde der zwingende Charakter der Dispositionsvorschriften umgangen. Der gegenteiligen Auffassung Stürners²⁹ hat Brehm³⁰ die entscheidenden Argumente entgegengesetzt: Stürner beruft sich auf die Motive des historischen Gesetzgebers,³¹ sowie auf einen Vergleich von §§ 427, 444, 446 ZPO.³² Die Motive weisen jedoch nur aus, daß dem Richter ein Ermessen eingeräumt ist, ob einfaches Bestreiten genügt oder eine Gegendarstellung erforderlich ist.³³ Ebenso sind die genannten Vorschriften - entgegen Stürner - nicht "als Sanktionsnormen konzipiert, die aufklärungsfeindliches Verhalten mit einem 'Kontumazialpräjudiz' belegen".³⁴ Allenfalls § 444 ZPO kann als Sanktionsnorm verstanden werden.³⁵ Das Fehlen einer zwingenden Fiktion des Urkundeninhalts im Falle des § 444 ZPO beugt nur vor, daß jede beliebige Behauptung darüber dem Urteil zugrundegelegt ist. Eine Gefahr, daß der Kläger eine vernichtete Schuldurkunde über 100,-- DM einer Klage über 100.000,-- DM zugrundelegt, ist bei § 138 III ZPO nicht

gegeben. Die Erklärung folgt der Behauptung nach. Dem zwingenden Charakter steht somit nichts entgegen.³⁶

Ein richterliches Ermessen bei Nichtbestreiten und Geständnis ist insoweit nicht gegeben, als es um die Frage geht, ob die Parteien die fragliche Prozeßhandlung vorgenommen haben. Dabei wird nicht verkannt, daß zweideutiges Parteiverhalten das Erkennen derartiger Dispositionen erschweren kann. Für diese Fälle hat das Gericht aber die durch § 139 I ZPO eingeräumte Fragemöglichkeit zur Hand; freies Ermessen ist aber auch insoweit nicht gegeben, will man § 138 III ZPO nicht insgesamt zur Ermessensnorm degradieren.

3. Wissens- oder Wollenerklärung?

Ein weiteres bleibt noch zu untersuchen, von dessen Ergebnis abhängt, ob überhaupt bei Geständnissen und Nichtbestreiten von "Dispositionen" gesprochen werden kann. Nur wenn die Parteien dem Gericht den konkreten Tatsachenvortrag willentlich bindend unterbreiten, kann von Dispositionen gesprochen werden. Es darf keine bloße Wissenserklärung gegeben sein.

Diese Frage hängt in gewisser Weise mit dem oben (1.) Untersuchten zusammen. Auch dort wurde gefragt, ob die Parteien 'disponieren' können. Tendierte dies zur Frage der Bedeutung der Geständnisvorschriften innerhalb der Gesetzessystematik, so gilt es jetzt, sich auf das Selbstverständnis der Dispositionsnormen zu besinnen.

Die Argumente der hierzu vertretenen Meinungen sind bereits im Zuge der Erörterung zum Dispositionsrecht aufgetaucht. So wird der "oberste Maßstab des Prozeßgesetzes" (§ 138 I ZPO) bemüht, um zu belegen, daß Geständnis und Nichtbestreiten der wahren Sachlage entsprechen müsse.³⁷ Mit ihrer Erklärung bekunde die Partei nur ihr Wissen. Demgegenüber beruft sich die Gegenposition auf die materielle Verfügungsfreiheit. Im Parteihandeln gem. §§ 138 III, 288 ZPO sei ein Willensmoment enthalten.³⁸ Wie die Parteien ihre materiellen Rechtsbeziehungen

regeln können, müsse es ihnen auch gestattet sein, im Prozeß zu disponieren. Teilweise³⁹ wird dieses Recht auch auf offenkundige Tatsachen erstreckt. Einen Mittelweg versucht Lent⁴⁰ zu beschreiten, wenn er Willensmomente nur beim Nichtbestreiten (Verschweigen) anerkennt, bewußt unwahre Geständnisse jedoch davon ausschließen will.

Kontrovers wird demzufolge auch der Wert von § 290 ZPO beurteilt. Darf eine Partei nur ihr Wissen vortragen (§ 138 I ZPO), kann diese Vorschrift keine eigenständige Bedeutung haben.⁴¹ Nach der Gegenmeinung hat § 290 ZPO seinen Sinngehalt nicht verloren. Streitig ist allein, ob er eine Sanktion für Verletzungen der Wahrheitspflicht darstellt⁴² oder darüber hinaus Eigenwert beanspruchen kann.⁴³

Auch die Rechtsprechung des BGH läßt keine einheitliche Linie erkennen. Betont wird nur, daß § 290 ZPO seinen Gehalt nicht mit Einführung der Wahrheitspflicht verloren habe.⁴⁴ Doch kann auch hier keine Dispositionsbefugnis, sondern allenfalls die faktische Möglichkeit dazu herausgelesen werden. Denn auch sie unterlegt § 290 ZPO Sanktionscharakter wegen einer Wahrheitspflichtverletzung. Die Annahme eines Rechts zur Disposition schlosse eine Verletzung von § 138 I ZPO jedoch aus.⁴⁵

Im Widerspruch dazu steht eine weitere Entscheidung.⁴⁶ Zwar sah der BGH dort im Geständnis eine grundsätzlich bindende Wollenserklärung, gerichtet auf die Verwertung der zugestandenen Tatsachen als Urteilsgrundlage. Doch beschränkte er den Verwertungswillen. Dieser wirke nicht fort, sofern ein neuer - bisher unbekannter - Klagegrund auftauche.

Die Gründe in diesem Urteil deuten eher auf ein Dispositionsrecht. Modifiziert wird diese Aussage in einer späteren Entscheidung.⁴⁷ Dort wird differenziert zwischen Geständnissen über Tatsachen im Wahrnehmungsbereich der Parteien und Geständnissen über fremde Tatsachen. Nur bei letzteren solle - wie bei offenkundigen Tatsachen - keine Bindung bei neuem Klagegrund bestehen.

Eine Entscheidung zwischen den vorgenannten Auffassungen fällt nach unseren bisher gewonnenen Ergebnissen - zumindest nach einer Richtung - leicht. Die Dispositionsbehandlungen der Parteien beinhalten auch Willensmomente, wenn eine Wahrheitsforschung um jeden Preis nicht stattzufinden hat.⁴⁸ Gesteht eine Partei den gegnerischen Tatsachenvortrag zu oder bestreitet sie nicht, so ist darin eine Bekundung ihres Wissens zu sehen, sofern der Vortrag der Wahrheit entspricht. Daneben ist der Wille, diese Tatsachen als Urteilsgrundlage zu machen, nicht zu verkennen. Deutlich wird dies bei Zugestehen sog. *facta aliena*, wo kein Wissen vermittelt werden kann. Dieses Willensmoment schiebt sich umso mehr in den Vordergrund, als die vorgetragenen Umstände nicht dem tatsächlichen Geschehen entsprechen.

Auch eine Differenzierung im Sinne Lents⁴⁹ ist nicht geboten. Bloßes Nichtbestreiten (Verschweigen) bedeutet im Ergebnis nichts anderes als ein Geständnis. In beidem können Elemente des Dispositionswillens in gleicher Weise bestimmend sein. Jeweils tendiert das Verhalten auf ein "Außer-Streit-Stellen". Lents Differenzierung beruht auf einer Überbetonung der Wahrheitspflicht.⁵⁰

Die Vorschrift des § 290 ZPO kann demnach weiter Geltung beanspruchen. Sie drückt gerade die Beachtlichkeit der willentlichen Disposition aus. Nur in Irrtumsfällen, nicht aber bei bewußt unwahren Geständnissen kann der einzelne die Bindungswirkung zerstören.⁵¹ Erkennt man aber trotz § 138 I ZPO die Beachtlichkeit des Parteiwillens im Prozeß an, so muß konsequenterweise auch ein Dispositionsrecht der Parteien bejaht werden. Denn, verbietet § 138 I ZPO nicht das Zugestehen unwahren Sachvortrags (subjektive Wahrheit⁵²), so kann diese Vorschrift auch nicht verletzt sein, wenn die Parteien in diesem Rahmen disponieren. § 290 ZPO stellt keine Sanktionsnorm dar.

4. Ergebnis

Bindende Gestaltungserklärungen können gem. §§ 138 III, 288 ZPO angegeben werden. Solchen Dispositionen steht weder die Gesetzssystematik, noch ein gerichtliches Ermessen bei Beurteilung des Parteiverhaltens entgegen. Insbesondere auch die Vorschrift des § 290 ZPO läßt erkennen, daß auch ein Dispositionswille der Parteien prozessual erheblich ist.

Anmerkungen:

- 1) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138 Anm. 4; Thomas-Putzo, ZPO, § 138, Anm. III; Zöllner-Stephan, ZPO, § 138, Rdnr. 4; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 2; Grunsky, Grundlagen, § 20 II. Ausnahme: Auch ein Geständnis wäre unbeachtlich, vgl. BGH, MDR 1979, 1001.
- 2) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138 Rdnr. 31; weiter BGH, VersR 1963, 530; Thomas-Putzo, ZPO, § 138, Anm. III 2, die ein Bestreiten noch in der Berufungsinstanz zulassen wollen. Ebenso Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 2.
- 3) Brehm, S. 63, Schoofs, S. 121 ff.
- 4) So BGH, DB 1973, 1791 (1792); Bettermann, ZZP 88 (1975), 347 (349); Prütting, NJW 1980, 361 (362); Schönfeld, S. 168 ff.; ablehnend Hahn, Kooperationsmaxime, S. 266 ff.
- 5) Dazu eingehend Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 25 ff.; Brehm, S. 50 ff., 63 ff., 142 ff.; Schellhammer, Arbeitsmethode, Rdnr. 75, der vor einer "statischen" Anwendung von § 138 III ZPO warnt; vgl. dazu Hahn, Kooperationsmaxime, S. 268 ff.; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 238.
- 6) Ein Willensmoment betonen u. a. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. I 2, III 2; Bülow, Geständnisrecht, S. 254 ff.; dagegen vgl. nur Bernhard, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245 ff.
- 7) Brehm, S. 63; ähnlich Bruns, ZPR, Rdnr. 153 a.
- 8) So Schönfeld, S. 168.

- 9) Darauf weist Hahn, Kooperationsmaxime, S. 266 ff., hin.
- 10) Hahn, Kooperationsmaxime, S. 267.
- 11) Ebenso BGHZ 37, 154 (155), RGZ 146, 348 (352); RG, WarnRspr 1934, NR. 191; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. III 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 288, Anm. 3, § 290, Anm. 2 B; Thomas-Putzo, ZPO, § 288, Anm. 3 b bb (e contrario); Zöllner-Stephan, ZPO, § 288, Rdnr. 7; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 d; Marburger, NJW 1974, 1923 und früher Nikisch, ZPR, § 67 II 3, 1; Sydow-Busch, ZPO, § 290, Anm. 2.
- 12) Siehe oben § 6 V 2.
- 13) Dazu allgemein Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 233 ff.; Blomeyer, ZPR, § 30 VII ; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 2 III; Henckel, Prozeßrecht, S. 14 ff.; Konzen, S. 57 ff.; Leipold, ZZP 92 (1979), 237; Lent, ZZP 67 (1954), 344 (350), Prütting, Gegenwartsprobleme, § 5 I 1.
- 14) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 2 III 2; Henckel, Prozeßrecht, S. 14 ff.; Konzen, S. 57 ff.; Lent, ZZP 67 (1956), 344 (350 ff.).
- 15) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 2 III 1; Lent, ZZP 67 (1956), 344 (350 ff.).
- 16) Kooperationsmaxime, S. 267.
- 17) Vgl. nur Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138, Anm. 3; Thomas-Putzo, ZPO, § 138, Anm. II; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 2; Prütting, Gegenwartsprobleme, § 6 I.
- 18) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 2; a. M. OLG Frankfurt, MDR 1969, 579 m. abl. Anm. E. Schneider.
- 19) Vgl. dazu oben § 6 II 2.
- 20) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138, Anm. 3; Grundz. vor § 128 Anm. 2 E.
- 21) Siehe oben § 6 V.
- 21a) Damit muß die Verwertung bekannter - offenkundiger - Tatsachen von Amts wegen weiterhin geprüft werden. Siehe dazu unten III 2.
- 22) So Stürner, Aufklärungspflicht, S. 238; Hahn, Kooperationsmaxime, S. 268 ff.
- 23) BGH, LM Nr. 4 zu § 286 ZPO; BGH, JZ 1972, 658 (659); Levin, S. 121; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 25 ff.; dagegen Brehm, S. 142 ff.; Kuchinke, JZ 1972, 661.

- 24) Vgl. dazu auch den Fall vom BGH, JZ 1963, 32 m. Anm. Scheuerle, und dessen unterschiedliche Wertung bei Hahn, Kooperationsmaxime, S. 269 ff., Brehm, S. 142 ff. und Stürner, Aufklärungspflicht, S. 126, 127.
- 25) Siehe oben § 5 III 1 b (3) (4).
- 26) BGH, JZ 1963, 32 m. Anm. Scheuerle.
- 27) So aber das KG als Vorinstanz (vgl. Scheuerle, JZ 1963, 34).
- 28) So zutreffend Brehm, S. 142.
- 29) Aufklärungspflicht, S. 238 ff.; neuerdings auch Hahn, Kooperationsmaxime, S. 268 ff.
- 30) S. 142 ff.; vgl. auch Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 25 ff.
- 31) Hahn, Mat. II, S. 214; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 238 ff.
- 32) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 239.
- 33) Hahn, Mat. II, S. 214; Brehm, S. 142 ff.
- 34) Stürner, Aufklärungspflicht, S. 239.
- 35) Brehm, S. 143; ebenso Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 444, Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO. 19. Aufl., § 444, Anm. II.
- 36) Brehm, S. 143.
- 37) Bathe, S. 40 ff.; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 ff.; ders., JZ 1963, 245; ders., ZPR, § 33 II; Bomsdorf, S. 279; Orfanides, S. 83 (92 ff.); vgl. auch Häsemeyer, ZRP 85 (1972), 207 (222 ff.); Seiffert, S. 46 ff.; A. Schmidt, JZ 1956, 559; J. P. Schmidt, S. 107; Staab, S. 48 ff.; Thomas, S. 152 ff.
- 38) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288 Anm. I 2, III 2; Jauernig, ZPR, § 25 VIII 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII; Costede, Scheinprozesse, S. 61 ff.; ders., ZRP 82 (1969), 438 (443 ff.); Braun, S. 40; Grunsky, Grundlagen, § 20 I, § 1 II; ders., ZRP 80 (1967), 55 (68 ff.); Henckel, Prozeßrecht, S. 82 ff., 116 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 57 (64 ff.); Würthwein, S. 58; ähnlich Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 288, Anm. 1.

- 39) Grunsky, Grundlagen, § 20 V; § 1 II; ders., ZZP 80 (1967), 55 (68 ff.).
- 40) ZZP 63 (1943), 3 (43, 54 ff.).
- 41) So bereits Kohler, Prozeß, S. 24 und später Bernhardt, JZ 1963, 245 (247); Wieczorek, ZPO, § 290, Anm. A II; abweichend Häsemeyer, ZZP 85 (1 72), 207 (222 ff., 224), der aber Bernhardt im Grundsatz folgt.
- 42) Grunsky, Grundlagen, § 20 I.
- 43) Würthwein, S. 58 ff.
- 44) BGHZ 37, 154 ff.
- 45) Ebenso Würthwein, S. 28, 58; vgl. auch BGH, NJW 1979, 2089; BGH, NJW 1981, 1562 (1563), wo das Gericht seine Ansicht bestätigt.
- 46) BGH, LM Nr. 3 zu § 288 ZPO.
- 47) BGH, VersR 1970, 826 ff.
- 48) Siehe oben § 6 V.
- 49) ZZP 63 (1943), 3 (43 ff.).
- 50) Im Ergebnis ebenso Würthwein, S. 58.
- 51) Die Grenzen werden verschieden gezogen. Zum einen wird auf offenkundige Unwahrheit abgestellt (BGHZ 37, 154 (156); BGH, BB 1979, 1470; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 288, Anm. 3, § 290, Anm. 2 B; Thomas-Putzo, ZPO, § 288, Anm. 3 b bb; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288 Anm. III 2; Zöllner-Stephan, ZPO, § 288 Rdnr. 7; Rosenberg, ZPR, § 113 I 1 d, § 106 V 1 a a. E.; Nikisch, ZPR, § 67 II 3, 1; Marburger, NJW 1974, 1923. Andererseits wird auch ein sittenwidriges oder arglistiges Geständnis für unbeachtlich gehalten (OLG Hamm, NJW 1955, 873; OLG Frankfurt, VersR 1978, 260; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 288, Anm. 3; Dagegen aber BGH, VersR 1978, 862 (vgl. oben § 6 IV).
- 52) Siehe oben § 6 V und unten § 7 III 1.

III Behandlung von Einzelfällen

1. Disposition über einfache Tatsachen

Parteidispositionen im Tatsächlichen sind jedenfalls insoweit nicht untersagt, als keine offenkundigen Tatsachen¹ betroffen sind. Doch ist diese Dispositionsmöglichkeit grenzenlos? Wie ist es, wenn die zugestandene Tatsache außerhalb des Wahrnehmungsbereichs der Parteien liegt, wie, wenn eine Partei erklärt, die Tatsache sei unwahr, solle aber dennoch zugestanden werden?² Der Wortlaut von § 290 ZPO stünde diesem Vorgehen nicht entgegen, ja es scheint solche Fälle gerade (auch) zu erfassen. Bloße Unwahrheit des Geständnisses genügt eben nicht zum Widerruf,³ denn die Überzeugung von der Wahrheit der Tatsache ist bei der Abgabe der Erklärung des Geständnisses nicht erforderlich.⁴

Zur Verdeutlichung der Antwort auf die aufgeworfenen Fragen möge folgender Beispielsfall dienen:

Der Beklagte wird auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Er hat auf einer zweispurig ausgebauten Straße den PKW des Klägers seitlich erfaßt und beschädigt, der auf der zweiten Spur, neben dem Beklagten fuhr. Der Beklagte wendet ein, er habe einem plötzlich auf die Straße tretenden Kind nach links ausweichen müssen.

Das Dazwischentreten des Kindes kann ein unabwendbares Ereignis i. S. § 7 II StVG darstellen. Die Beweislast dafür trägt der Beklagte.

a) Geständnis nicht erkannter Tatsachen

Hatte der Kläger nichts vom Kind bemerkt, hält er die Schilderung aber dennoch für möglich, etwa weil es eine belebte Straße in einem Stadtgebiet war, so kann er ohne weiteres den Sachvortrag insoweit zugestehen bzw. er braucht ihn nicht zu bestreiten.⁵ Es kann für ihn von der Prozeßdauer auch sinnvoll sein, besonders, wenn anhand der Spuren leichter beweisbar ist, daß

der Beklagte zu weit nach links ausgeschert ist oder infolge überhöhter Geschwindigkeit nicht rechtzeitig bremsen konnte.

Die Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO ist insoweit nicht verletzt. Diese Vorschrift wendet sich zunächst an den Beklagten, der die Behauptung, ein Kind habe ihn zum Ausweichen gezwungen, aufgestellt hat. Seine Behauptung darf nicht bewußt unwahr sein.⁶ Davon ausgehend, durfte der Kläger diesen Tatsachenvortrag, unabhängig von seiner Überzeugung, bestreiten.⁷ Nach unserem Ausgangspunkt war er sogar von der Möglichkeit, das Geschehen sei wie behauptet abgelaufen, überzeugt. Angesichts dessen muß es erst recht möglich sein, den Geschehensablauf zuzugestehen. Gleiches gilt, hält der Kläger den Vortrag für unwahr, ohne das Gegenteil positiv zu kennen.

b) Geständnis fremder Tatsachen (facta aliena)

Nichts anderes kann aber für den Fall gelten, wenn der Kläger von einem Dazwischentreten des Kindes gar nichts bemerken konnte, etwa weil der Aufbau des vom Beklagten chauffierten LKWs ihm jede Sicht zur rechten Seite versperrt hatte.

Nach unserer Lösung ist es nicht erforderlich, daß die Partei, die eine Behauptung aufstellt, bestreitet oder zugesteht, den wahren Sachverhalt kennt. Im Aufstellen einer Behauptung liegt die Bitte, deren Richtigkeit im Bestreitensfall zu überprüfen; darauf richtet sich auch der Wille des Bestreitenden.⁸ Erklärt wird nicht, das wahre Geschehen sei wie behauptet abgelaufen, sondern lediglich, der geschilderte Tatsachenvortrag werde für möglich gehalten; was der Wahrheit entspreche solle erforderlichenfalls durch eine Beweisaufnahme gefunden werden.

Dasselbe gilt für das Geständnis oder Nichtbestreiten: Die Partei erklärt damit nicht, der gegnerische Tatsachenvortrag sei richtig. Umgekehrtenfalls müßte man vom Beweisgegner immer ein Bestreiten verlangen, wenn er den wahren Tatsachenverlauf

nicht positiv kennt. Diese Konsequenz wird aber zu Recht von niemandem gezogen.⁹ Die einzelne Partei verzichtet mit ihrem Verhalten lediglich auf eine Überprüfung der Richtigkeit des Vorbringens des Gegners. Sie sucht nicht um eine gerichtliche Beweisaufnahme nach. Damit kann auch ein Tatsachenvortrag außerhalb des Wahrnehmungsbereichs der Parteien zugestanden werden.¹⁰

Der Zweck der Rechtsschutzgewährung und Rechtsbewährung fordert kein noch so aussichtsloses Bestreiten in allen Fällen, um durch eine umfassende Sachverhaltsaufklärung größtmögliche Rechtsverwirklichung zu erreichen, insbesondere, wenn der Klageerfolg auf leichterem Weg zu erreichen ist. Dem objektiven Recht geschieht dann kein Abbruch.

Bisher wurde von einer Tatsacheneinwendung außerhalb des Wahrnehmungsbereichs einer Partei ausgegangen. Wie ist es aber, wenn beide Parteien offensichtlich vom wahren Geschehen keine Kenntnis haben können? Zu denken ist z. B. an ein Schiffsun-
glück ohne Überlebende. Nun streitet man im Schadenersatzpro-
zeß um Verursachung und Verschulden. Die Parteien befanden sich nicht an Bord; sie kennen den wahren Verlauf der Dinge nicht. Können sie trotzdem einzelne Punkte unstreitig stellen und sich nur um, etwa durch vorher empfangene Funksprüche belegbare Tatsachen streiten? Geht man von unserer Lösung, dem Erfordernis lediglich subjektiver Wahrheit aus, so ist die Frage zu bejahen. Weder muß die behauptende Partei, noch die gestehende die Wahrheit kennen. Ein Geständnis ist wirksam und beachtlich.

c) Bewußt unwahre Geständnisse

Als letzte Variante ist zu untersuchen, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der Kläger die Unwahrheit der Behauptung des Beklagten kennt. Angenommen er konnte die Straße überblicken und sah, daß sich kein Kind in der Nähe des Straßenrandes, das auf die Fahrbahn getreten wäre. Der Beklagte war vielmehr infolge Übermüdung auf die zweite Fahrspur geraten. Verlautbart

der Kläger seine Kenntnis nicht, ergibt sich kein Unterschied. Das Gericht wird die bewußte Unwahrheit wohl nicht erkennen. Wie ist es aber, wenn der Kläger seine Kenntnis äußert, jedoch sagt, er wolle den Vortrag dennoch zugestehen.

Diese Fallvariante beinhaltet nun die bewußte und eigentliche Tatsachendisposition der Parteien. Mehrere Probleme sind angesprochen: Einmal, ob die Äußerung des wahren Geschehens seitens des Klägers nicht schon ein Bestreiten darstellt. Wenn ja, kann dann ein erheblicher Sachvortrag zurückgenommen werden? Weiter hat der Kläger durch seine Äußerungen zu erkennen gegeben, er wisse um den wahren Sachverhalt. Kann er diesem entgegenge-
setzt bewußt disponieren?

Zwei Punkte sind für die weitere Untersuchung zu unterscheiden: Der Beklagte hält seine Behauptung für wahr. Infolge Übermüdung glaubte er ein auf die Straße laufendes Kind zu erkennen (nachfolgend (1)). Oder, der Beklagte hatte die Behauptung allein zu seinem Schutz in Kenntnis der Unwahrheit aufgestellt (nachfolgend (2)).

(1) Bewußtes Disponieren über eine fahrlässig falsch aufgestellte Behauptung

In dieser Fallvariante liegt seitens des Beklagten kein Verstoß gegen § 138 I ZPO vor. Er hat seiner subjektiven Wahrheitspflicht genügt.¹¹

Wie ist aber nun der Vortrag des Klägers, seine Kundgabe der Kenntnis des wahren Geschehensverlaufs zu werten? Liegt darin schon ein Bestreiten, so ist zu fragen, ob er dies mit dem Geständnis konkludent wieder zurücknehmen konnte. Diese Frage kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Ob ein Bestreiten vorliegt ist im Einzelfall nach der Auslegung des Vorbringens zu entscheiden. Die Gegenpartei muß sich zu den einzelnen Tatsachenbehauptungen konkret¹² äußern.¹³ Es muß erkennbar sein, daß der

Gegner den Tatsachenvortrag nicht als richtig gelten lassen will. Solches kann angenommen werden, wenn der Beklagte schildert, wie er den Verlauf eines Geschehens gesehen hat. Ist somit ein Bestreiten anzunehmen,¹⁴ so ist zu fragen, ob erheblicher Vortrag zurückgenommen werden kann.

Eine ausdrückliche Regelung mit einem Verbot der Rücknahme von Tatsachenbehauptungen besteht nur in § 290 ZPO. Geständnisse sind nicht frei widerruflich. Andere tatsächliche Behauptungen und Bestreitungen werden als ohne weiteres rücknehmbar angesehen.¹⁵ Leipold¹⁶ will sogar von einem - eingeschränkten - "Grundsatz der Rücknehmbarkeit" ausgehen. Gestützt wird diese Auffassung auf § 264 Nr. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift können die Parteien ihren tatsächlichen Vortrag nach Belieben ändern¹⁷ oder ergänzen. Dies beinhalte jedes Fallenlassen bisheriger und Neuaufrstellung weiterer Behauptungen. Nur für das letztere ziehe man eine Grenze mit den Präklusionsvorschriften.¹⁸

Diese Argumentation ist durchaus überzeugend. Gründe, eine eigene, dem Gegner zumeist ungünstige Tatsache aufrechterhalten zu müssen, sind vorderhand nicht ersichtlich. Wirkt sich ein Vortrag zugunsten der Gegenpartei aus - wobei es belanglos ist, ob dies bereits vor oder erst nach einer Beweisaufnahme der Fall ist - mag diese den Tatsachenvortrag selbst bringen. Sie ist dann gesichert vor einer Rücknahme, die auch nach einem Geständnis seitens der behauptenden Partei nicht ausgeschlossen ist.¹⁹ Bedenken können sich allein aus § 138 I ZPO ergeben. Diese Vorschrift verpflichtet zu vollständigem Vortrag. Wie gesehen²⁰ bedeutet dies, daß keine Tatsachen, die der jeweiligen Partei positiv bekannt aber ungünstig sind, verschwiegen werden dürfen. Umgekehrt bleiben bereits vorgetragene Tatsachen Verhandlungsinhalt. So will Leipold²¹ offenbar nur den Widerruf falscher Tatsachenbehauptungen zulassen.

Zur Lösung dieses Problems ist eine Rückbesinnung auf den Zweck von § 138 ZPO, insbesondere auf dessen persönlichen Geltungs-

bereich erforderlich.²² Wir sahen, daß diese Vorschrift eine Ausprägung einer prozessualen Redlichkeit ist. Dem Gegner darf nicht infolge unlauteren Verhaltens, wie Aufstellen unwahrer Behauptungen oder Verschweigen wesentlicher, dem Gegner günstiger Tatsachen, ein prozessualer Nachteil entstehen. Dieses Verbot der "Lüge im Prozeß" ist an sich nichts anderes als eine veränderte Fassung von § 263 StGB. Es wird der Prozeßbetrug verboten. Ein solcher liegt nämlich vor, da unredliches Verhalten regelmäßig aus der Motivation erfolgt, die Gegenpartei werde die Unwahrheit oder Unvollständigkeit des Sachvortrags nicht erkennen oder wenigstens nicht beweisen können. Nur werden von § 138 I ZPO u. U. auch Fälle erfaßt, die keinen Vermögensschaden und damit auch keine Bereicherungsabsicht i. S. § 263 StGB intendieren. Des weiteren ist - einschränkend - keine Sanktionsbestimmung in der ZPO enthalten.

Von unredlichem Verhalten im o. g. Sinne kann aber dann keine Rede sein, wenn beide Parteien übereinstimmen, der Vortrag dürfe in bestimmter, dem Tatsachenverlauf widersprechender Art und Weise (teils unrichtig oder/und teils unvollständig) vorgebracht werden. Es wird dann keine der beiden Parteien übervorteilt. Der Unrechtscharakter des Tuns fehlt.

Für die Rücknahme wahrer Tatsachenbehauptungen folgt: Diese ist dann zulässig (entgegen dem Wortlaut von § 138 I ZPO), wenn dies mit Willen des Prozeßgegners oder zu dessen Vorteil und Nutzen erfolgt. Die Partei muß in allen Fällen, in denen die Gegenpartei einverstanden ist, den eigenen Vortrag nicht vollständig bringen. Es fehlt hier, wie in Fällen der Weglassung von Tatsachen, die der Gegenpartei ungünstig wären, der Unwertgehalt, den § 138 I ZPO voraussetzt. Nichts anderes kann aber gelten, wenn diese Umstände bereits vorgebracht sind. Es besteht keine Verpflichtung, sie aufrechtzuerhalten; eine solche generelle "Redlichkeit gegenüber dem Gericht" ist der Vorschrift des § 138 I ZPO nicht zu entnehmen. Sie besteht nur soweit, als

die "Arbeitskraft" des Gerichts bewußt durch Behauptung unwahrer Tatsachen in Anspruch genommen wird.²³

Konnte der Kläger unseres Beispielsfalles also den Tatsachenvortrag zurücknehmen, bleibt noch zu klären, ob er den unwahren Sachvortrag des Beklagten noch zugestehen konnte. So wird das bewußte Zugestehen unwahrer Behauptungen z. T. für unbeachtlich gehalten;²⁴ von anderer Seite zieht man diese Folge nur in Fällen arglistiger oder sittenwidriger Geständnisse.²⁵

Die erste Ansicht bedeutet eine Mißachtung der Vorschrift des § 290 ZPO. Danach sind nur irrtümlich abgegebene unwahre Geständnisse nicht bindend. Versteht man unter Irrtum i. S. dieser Vorschrift richtigerweise jeden "irrigen Glauben an die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen",²⁶ so sind daneben bewußt unwahre Geständnisse denkbar, die binden sollen. Eine Korrektur dieser Vorschrift über § 138 I ZPO ist nicht geboten.²⁷

Anderes gilt jedoch bei Arglist oder Sittenwidrigkeit des Geständnisses. Das Verbot der Sittenwidrigkeit und der Arglist - als Ausprägung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) - sind allgemeine Rechtsgrundsätze. Beide beanspruchen auch Geltung im Prozeßrecht.²⁸ Spezielle Ausprägungen im Verfahrensrecht finden sich beispielsweise in § 93 ZPO (der Kläger trägt die Kosten der Klage, für die der Beklagte keinen Anlaß gegeben hat), § 114 I 1 ZPO (bei mißbräuchlicher Inanspruchnahme der Gerichte wird Prozeßkostenhilfe versagt) und § 138 I ZPO (die Parteien sollen sich im Prozeß fair begegnen: die Prozeßlüge ist untersagt). Aus den allgemeinen Rechtssätzen folgt für Geständnisse, wie für alle Prozeßhandlungen der Parteien, daß auch sie dem Prinzip von Treu und Glauben untergeordnet sind; Prozeßhandlungen, die dagegen verstoßen, sind unbeachtlich. Das Gericht hat sie zurückzuweisen; die Rechtswirkung bleibt der jeweiligen Prozeßhandlung versagt.²⁹

Im allgemeinen werden folgende Fallgruppen unterschieden,³⁰ die jedoch nur eine schematische Grobeinteilung sein können:

1. Eine Partei führt arglistig bestimmte Prozeßlagen herbei.
2. Widersprüchliches Verhalten, wobei jedoch vertragliche Verpflichtungen als Bezugspunkt ausscheiden.³¹
3. Verwirkung prozessualer Befugnisse.³²
4. Mißbrauch prozessualer Befugnisse.³³

Können Geständnisse einem dieser Punkte untergeordnet werden, sind sie für das Gericht unbeachtlich. Die Grundaussage der Vertreter dieser Auffassung³⁴ ist demzufolge anzuerkennen. Dennoch ist nur die Entscheidung des OLG Hamm³⁵ ein Beispiel für die Arglist im Prozeß. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die beklagte Partei gestand, nachdem sie einem Dritten den Streit verkündet hatte, die gegen sie angeführten Tatsachen zu. Diese kannte sie z. T. nicht aus eigener Anschauung (*facta aliena*); eine ausreichende Klärung war noch nicht erfolgt. Jedoch glaubte sie sich durch die Streitverkündung ausreichend gesichert.

Hier nahm das OLG zu Recht Arglist an. Die Streitverkündung verpflichtet zu sorgfältiger Prozeßführung. Mit ihr gibt die verkündende Partei bekannt, im Falle eines Unterliegens, gegen den Verkündungsempfänger einen Anspruch zu haben.³⁶ Ihm soll jedoch Gelegenheit gegeben werden, der verkündenden Partei im laufenden Rechtsstreit beizutreten und sie zu unterstützen. Dazu darf er auch alle Prozeßhandlungen vornehmen,³⁷ solange er sich damit nicht in Widerspruch zur Hauptpartei setzt.³⁸ Der Streitverkündete könnte sich also nicht gegen ein bewußt unrichtiges Geständnis wehren. Er wäre im Folgeprozeß mit der überwiegenden Zahl seiner Einwendungen ausgeschlossen, wenn ein bewußt unrichtiges Geständnis der Hauptpartei beachtlich wäre. Kann schon der Prozeßerfolg der Hauptpartei nicht generell, trotz der Unterstützung des Verkündungsempfängers gesichert werden, so darf diese Folge von der Hauptpartei wenigstens nicht

schenden Auges zum Nachteil der unterstützenden Partei herbeigeführt werden. In einem Folgeprozeß gegen seine Person wäre dann die Interventionswirkung des § 68 ZPO eingetreten; er könnte nicht mehr geltend machen, der Erstprozeß sei unrichtig entschieden.

Hält man das Geständnis wegen der Arglist der Hauptpartei richtigerweise für unbeachtlich, so ist die Geständniswirkung nicht in der Interventionswirkung enthalten.³⁹ Im Folgeprozeß bleiben die zugestandenenen Tatsachen klärungsbedürftig.

Keine Arglist ist im Fall des OLG Frankfurt⁴⁰ gegeben. Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Kläger und Beklagter zu 1) waren Beteiligte eines fingierten Unfalles. Im Prozeß gegen den Schädiger (Beklagter zu 1)) und die zweitbeklagte Versicherung gestand der Schädiger die eine Schadenersatzforderung begründenden Tatsachen zu. Das Gericht sah hierin ein betrügerisches Zusammenwirken zum Nachteil der Versicherung und hielt das Geständnis wegen Verstoßes gegen § 138 I ZPO (Ausprägung eines allgemeinen Arglistverbots) für unbeachtlich.⁴¹

Für die Versicherung wurde aber keine ungünstige Prozeßlage herbeigeführt. Das Geständnis des Beklagten zu 1) hatte ihr gegenüber ohnehin keine Wirkung.⁴² Zwischen der Versicherung und dem Schädiger bestand nur eine einfache Streitgenossenschaft;⁴³ beide Streitgenossen sind grundsätzlich voneinander unabhängig (§ 61 ZPO). Nur eine Mehrheit von Prozessen ist aus prozeßökonomischen Erwägungen zusammengefaßt. Die Handlungen eines Prozeßbeteiligten wirken sich nicht auf das Verfahren des anderen aus.⁴⁴

Die Versicherung kann für ihren Prozeß weiter alle vom Beklagten zu 1) zugestandenenen Tatsachen bestreiten. Ebenso ist auch Sittenwidrigkeit des Geständnisses zu verneinen. Es ist nicht sittenwidrig, sich bewußt verurteilen zu lassen.⁴⁵

Fazit unserer Betrachtung ist also: der Prozeßgegner kann einen unwahren Sachvortrag selbst dann noch zugestehen, wenn er diesen bereits - der Wahrheit entsprechend - betritten hatte. Seinen Sachvortrag beim Bestreiten kann er wieder fallenlassen. Die Grenze für ein bewußt unwahres Geständnis ist aber bei Arglist oder Sittenwidrigkeit zu ziehen.

(2) Bewußtes Disponieren über bewußt falschen Sachvortrag

Bewußt unwahre Behauptungen sind vom Gericht, sofern es die Unwahrheit erkennt, nicht zu beachten.⁴⁶ Dies setzt aber voraus, daß im Verfahren die Unwahrheit festgestellt wurde. Sonst - und dies gilt wohl für die Mehrzahl der Fälle - zeitigt der Verstoß nur materielle Folgen; er löst Schadenersatzpflichten aus.⁴⁷

Für die Frage des Zugestehens solcher unwahrer Tatsachenbehauptungen gilt das oben (1) Gesagte. Erkennt der Prozeßgegner die Unwahrheit, so kann er dennoch zugestehen. Der Unwertgehalt der Behauptung besteht mit seinem Einverständnis nicht fort. Es kann dabei keinen Unterschied machen, wann die Unwahrheit erkannt wurde, sofern dies vor dem Geständnis der Fall war. Denn der ursprüngliche Behauptungsunwert entfällt auch bei nachträglicher bewußter Billigung der Behauptung durch den Prozeßgegner. Anderes mag allenfalls bei vorgehender gerichtlicher Feststellung der Unrichtigkeit der betreffenden Tatsachenbehauptung gelten. Dann ist die Wahrheit gerichtskundig.⁴⁸

Hat der Prozeßgegner irrtümlich - in Unkenntnis der Unrichtigkeit der Tatsachenbehauptung - zugestanden, so kann er gemäß § 290 ZPO sein Geständnis widerrufen. Der Widerruf steht der Partei jedoch frei. Billigt sie nunmehr das Geständnis, so muß sie von ihrem Recht aus § 290 ZPO keinen Gebrauch machen. Eine Nichtbeachtung der Geständniswirkung seitens des Gerichts kann nicht erfolgen. Denn diese nimmt der Behauptung die Beweisbedürftigkeit.⁴⁹ Eine Feststellung der wahren Sachlage im Beweiswege ist verwehrt.

Das Zugestehen bewußt unwahrer Tatsachenbehauptungen ist bindend, sofern es in Kenntnis der Unwahrheit erfolgt; andernfalls ist ein Widerruf nach § 290 ZPO nach freiem Ermessen der gestehenden Partei möglich. Eine Grenze ist u. U. dort zu ziehen, wo die Unwahrheit der Tatsache bereits vor dem Geständnis gerichtskundig ist.

2. Disposition über offenkundige Tatsachen

a) Begriffe

Offenkundig sind allgemeinkundige und gerichtskundige Tatsachen. Zu den ersteren zählen solche, die einer beliebig großen Zahl von Menschen bekannt sind oder über die sie sich aus zuverlässigen Quellen unterrichten können.⁵⁰ Hierher rechnen neben historischen Ereignissen auch Ereignisse des Zeitgeschehens, Entfernung oder allgemein anerkannte wissenschaftliche Ergebnisse u. ä.⁵¹ Gerichtskundig sind Tatsachen, die dem Gericht als Amtsstelle bekannt geworden sind oder die aus den Akten des Gerichts ohne weiteres ersichtlich sind.⁵²

Nach gegenteiliger Meinung⁵³ sollen gerichtskundig nur solche Tatsachen sein, die dem entscheidenden Richter aus seiner amtlichen Tätigkeit oder aus früheren Prozessen bekannt sind.⁵⁴ Bei einem Richterkollegium wird Kenntnis nur eines Richters als ausreichend erachtet; er könne den anderen seine Kenntnis vermitteln. Aktenkundige Tatsachen oder Registereintragungen werden nicht dazu gerechnet.⁵⁵

Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses zeigt schon die Auffassung bei Richterkollegien. Soll, wenn der Richter, der Kenntnis einer bestimmten Tatsache hat, gerade krank oder in Urlaub ist, diese nicht gerichtskundig sein? Oder wie, wenn eine Tatsache dem Richter bekannt sein müßte, er sie aber bereits wieder vergessen hat? Es ist hier nicht möglich, allein auf die subjektive Kenntnis abzustellen. Wie bei allgemeinkundigen Tatsachen muß auch hier als Auffangtatbestand eine Unterrichtsquelle, die jedem Gerichtsbediensteten zugänglich ist, anerkannt werden. Sonst käme man zu dem merkwürdigen Ergebnis, eine offenkundige Tatsache verliert diese Eigenschaft, wenn ein Richter sie vergißt, obwohl sie ohne weiteres aus Akten oder Registern ersichtlich ist.

Von den gerichtskundigen Tatsachen ist das private Wissen des Richters zu unterscheiden.⁵⁶ Es wurde bereits betont, gerichtskundig ist nur das amtlich erlangte Wissen um eine Tatsache. Dies kann natürlich mit privatem Wissen zusammenfallen. Unverwertbar ist nur das rein privat erlangte Wissen.⁵⁷

Die Kritik Walters,⁵⁸ der meint, "als offenkundig gilt, was der Richter - gleich aus welcher Quelle, jedenfalls außerhalb des

konkreten Prozesses - weiß oder jedenfalls ohne weiteres feststellen kann", geht fehl. Damit wird der Begriff der Offenkundigkeit überdehnt.⁵⁹ Dagegen spricht nicht so sehr die Möglichkeit, daß der Richter sich aus Zeitungen u. ä. ohne weiteres informieren kann. Solche gesicherten Tatsachen, die sich aus der Presse oder sonstigen Veröffentlichungen ergeben, unterfallen ohnehin dem Begriff der Allgemeinkundigkeit. Unhaltbar wird das Ergebnis, wenn man auf (zufälliges) Wissen oder freibeweisliche Unterrichtung abstellt. Hier kann eine Partei Glück oder Pech haben, weil der Richter zufällig bestimmte Umstände kennt, oder weil er sich privates Wissen verschafft. Im letzteren Fall könnten, je nach Engagement des jeweiligen Richters, einer Partei viele u. U. schwierige Beweise abgenommen werden, ein Ergebnis, das an richterlicher Neutralität und dem fairen Verfahren zweifeln ließe. Doch nicht nur dies: Wollte man dieser Auffassung folgen, hätte der Richter einen Freibrief zu eigener Ermittlungstätigkeit. Die Grundstruktur unseres Zivilverfahrens würde mißachtet, wenn er nach eigenem Gutdünken Aufklärung betreiben könnte.

b) Meinungsstand

Eine Disposition über offenkundige Tatsachen kann nur erfolgen, wenn auch hier die Parteien allein befugt sind, diese vorzutragen. Bezieht sich ihre Herrschaft über den Streitstoff auch auf offenkundige Umstände, so könnten die vorerwähnten Wertungen⁶⁰ hierher übernommen werden.

Eine Behauptungspflicht und damit eine Dispositionsmöglichkeit wird von verschiedener Seite bejaht.⁶¹ Begründet wird dies damit, daß § 291 ZPO nur die Beweisbedürftigkeit regelt, nicht aber die Frage, ob und wann solche Tatsachen verwertbar seien. Andererseits spricht man aber, auf den ersten Blick nicht sehr konsequent, einem offenkundig unwahren Geständnis jegliche Wirksamkeit ab.⁶² Es wird einem Geständnis über un-

mögliche Tatsachen⁶³ gleichgestellt. Man verwertet hier offenkundige Tatsachen, ohne daß diese von den Parteien eingeführt wurden.

Die Gegenauffassung⁶⁴ nimmt eine automatische Verwertbarkeit offenkundiger Tatsachen an. Eine Begründung für dieses Ergebnis liefern nur wenige. Bernhardt⁶⁵ meint, ein Warten auf entsprechenden Parteivortrag führe, wenn dieser unterbleibt, zu "abstrusen" Ergebnissen. Der Richter müßte dann z. B. die Kapitulation Deutschlands im Jahr 1945 mißachten, wenn keine Partei sich darauf berufe. Dies könne trotz der Verhandlungsmaxime aber nicht gewollt sein. Ähnlich argumentiert Weyers,⁶⁶ wenn er eine Behauptungslast als der technischen Begründung der Verhandlungsmaxime widersprechend ansieht.

Eine Mittellösung wird von Hellwig vertreten.⁶⁷ Er differenziert zwischen rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden notorischen Tatsachen. Nur im letzteren Fall soll eine amtswegige Berücksichtigung der Tatsachen möglich sein. Im ersteren Fall hingegen sei die Partei gehalten, sich auf die ihre Rechte begründenden Tatsachen zu berufen.⁶⁸

c) Stellungnahme und eigene Lösung

Eine Entscheidung dieses Streitpunkts ist nicht mit bloßer Berufung auf die Verhandlungsmaxime möglich. Diese stellt, wie gesehen,⁶⁹ kein Dogma dar. Ein Ansatzpunkt zur Lösung kann auch in keiner der beiden Extrempositionen gesehen werden. Beide stellen nur mehr oder weniger Axiome auf, ohne diese näher zu begründen. Weder ersetzt die Behauptung, eine Nichtberücksichtigung offenkundiger Tatsachen könne zu abwegigen Ergebnissen führen,⁷⁰ eine Begründung, noch macht ein Berufen auf die Verhandlungsmaxime, wonach die Parteien den Tatsachenstoff vortragen,⁷¹ sie überflüssig. Eine weitere Ungereimtheit der letzteren Auffassung wurde bereits aufgezeigt. Bei offenkundig unwahren Tatsachen wird die Notorietät über die Hintertür offenkundig unwahrer Geständnisse doch amtswegig berücksichtigt.⁷²

Zum anderen kann aber auch aus dem Umstand, daß die Parteien ohnehin Stellung nehmen können, nichts hergeleitet werden.⁷³ Es ist zwar richtig, daß den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren ist.⁷⁴ Damit ist aber nicht verlangt, daß sie sich zu allen Punkten erklären müssen. Rechtliches Gehör (Art. 103 II GG) ist schon dann gewährt, wenn die Möglichkeit zur Äußerung gegeben wird.⁷⁵ Es genügt also, wenn das Gericht auf die offenkundige Tatsache hinweist und den Parteien Gelegenheit gibt, sich zu ihr zu äußern.

Ein Ansatzpunkt zur Problemlösung kann in einer differenzierten Lösung gesehen werden. Es ist auf die Bedeutung der einzelnen notorischen Tatsachen für das konkrete Verfahren abzustellen.

Die Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO führt nicht zwingend zu einer amtswegigen Verwertung notorischer Tatsachen. Eine Wahrheitsfindung durch das Gericht ist nicht geboten, Tatsachendispositionen der Parteien demzufolge nicht ausgeschlossen.⁷⁶ Doch gerade hier liegt das Problem notorischer Tatsachen. Eine richterliche Ermittlung ist gar nicht erforderlich. Sie sind ohnehin bekannt. Jedermann bzw. jedes Gerichtsmitglied im Falle gerichtskundiger Tatsachen, kann sich zumindest Kenntnis von ihnen verschaffen. Notorische Tatsachen stehen gleichsam über dem Vortrag der Parteien.

Dem ist gegenüberzustellen, aus welchem Grund die Parteifreiheit, die Verhandlungsmaxime, eingeführt wurde. Zwei Gründe waren dafür leitend: Einmal besteht kein öffentliches Interesse, daß ein Recht tatsächlich durchgesetzt wird. Die Parteien sind frei in ihrem Entschluß, etwaige Ansprüche auf dem Gerichtsweg geltend zu machen. Daneben, und dies ist eigentlich eine Folge der ersten Aussage, muß aber eine Klagemöglichkeit offenstehen, sofern der einzelne sich entschieden hat, seinen Anspruch zwangsweise einzufordern. Der Rechtsschutz für den einzelnen⁷⁷ verhindert damit die Selbsthilfe. Dies erfordert eine weitgehende Bewährung der objektiven Rechtsordnung.

Spricht die Stellung der offenkundigen Tatsachen eher gegen eine Disposition und für eine amtswegige Verwertung, können dem durchaus beachtliche Parteiinteressen entgegenstehen.⁷⁸ Dies muß noch nicht bedeuten, daß man "blinde Kuh"⁷⁹ mit dem Recht spielt, wenn man solche Tatsachen ohne Vortrag nicht verwertet. Nach der Struktur der ZPO kann es durchaus möglich sein, dem Richter einen "offenkundigen Bären" aufzubinden.⁸⁰ Inwieweit dies zulässig ist, kann nur beantwortet werden, wenn man vor Augen hält, was im Falle amtswegiger Verwertung den Parteien gegeben, was ihnen genommen wird.

Einen möglichen Ansatzpunkt zur Lösung bietet die Trennung in rechtsbegründende und rechtsvernichtende Tatsachen,⁸¹ allerdings, wie wir sehen werden, nicht mehr. Diese Unterscheidung soll jedoch zunächst zugrundegelegt werden, weil auf den ersten Blick das Zuerkennen eines bestimmten Anspruchs allein auf Grund notorischer Tatsachen gravierender wirkt, als das Aberkennen desselben wegen nicht vorgetragener rechtshindernder offenkundiger Umstände.⁸² Es schwebt immer noch die Vorstellung im Raum, wer sein Recht sucht, muß auch alle rechtsbegründenden Tatsachen vortragen; jeder sei "seines Glückes Schmied".

Inwieweit aber die getroffene Unterscheidung Bestand haben kann, soll nachfolgend anhand einiger Beispielsfälle untersucht werden.

(1) Rechtsbegründende offenkundige Tatsachen

Als rechtsbegründende notorische Tatsachen kommen nur Sachverhaltsvarianten oder mit der Anspruchsnorm konkurrierende Ansprüche in Betracht.

Folgendes Beispiel möge den ersten Begriff verdeutlichen:

Der Kläger begehrt die Feststellung, daß der Beklagte künftige Schäden am Zaun des Klägers zu ersetzen habe. Der Beklagte hatte

den Zaun mit einem Holzschutzmittel Marke X gestrichen. Der Kläger behauptet nun, das verwendete Holzschutzmittel biete keinen ausreichenden Fäulnisschutz. Sein Zaun würde daher bereits in 5 statt in 15 Jahren erneuerungsbedürftig sein. Der Beweis mangelnder Holzschutzeigenschaften mißlingt. Doch ist - wie erst kurz zuvor wissenschaftlich einwandfrei festgestellt wurde - erwiesen, daß das verwendete Mittel X schädliche Substanzen enthält, die eine Zerstörung des Holzes im vom Kläger behaupteten Zeitraum bewirken. Dies ist dem Kläger aber nicht bekannt.⁸³

Ein Beispiel konkurrierender Anspruchsnormen führt Brüggemann⁸⁴ an:

Ein deliktischer Täter bestreitet in Schadenersatzprozeß seine Zurechnungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt. Der Beweis gelingt. Ein Anspruch aus § 823 I BGB scheidet damit aus, wohl aber käme ein Anspruch aus § 829 BGB in Betracht. Der Beklagte verfügt, was dem Richter aus früherer Tätigkeit bekannt, dem ortsfremden Kläger jedoch unbekannt ist, über beträchtliches Vermögen.

Beide Fälle unterscheiden sich in einem Punkt. Ist im ersten Fall das Tatbestandsmerkmal "Schaden" von der Partei vorgetragen und erfolgt dessen Ausfüllung ersatzweise nur mit Hilfe einer notorischen Tatsache, erwächst dem Kläger des zweiten Falles ein neuer Anspruch aus der offenkundigen Tatsache.⁸⁵ Die Frage, ob er sein Recht aus Billigkeit Gesichtspunkten verfolgen will, bliebe bei amtswegiger Verwertung völlig außer Betracht. Jedoch kann durchaus ein Interesse bestehen, nicht auf § 829 BGB zurückgreifen zu wollen.⁸⁶ Dem Kläger bliebe solchenfalls aber nur die Wahl zwischen einem unerwünschten Urteil gestützt auf § 829 BGB oder Klagerücknahme. Eine Überprüfung der Verneinung von § 823 I BGB - und damit der Unzurechnungsfähigkeit des Beklagten - im Rechtsmittelzug schied aus.

Deutet der zweite Beispielsfall darauf hin, auch offenkundige Tatsachen unter den Parteivortrag zu stellen, läßt der erste auf das Gegenteil schließen. Dort war das Merkmal "Schaden" vom Kläger vorgetragen; dessen Ausfüllung war nur nicht mit mangelnder Holzschutzeigenschaften der Imprägnierung, wohl aber mit den

notorisch darin enthaltenen Schadstoffen möglich. Soll die Unkenntnis der Schadensursache dem Kläger zum Nachteil gereichen, wenn diese offenkundig ist? Dies ist zu verneinen. Man kann sagen, der Kläger wolle "im Zweifel den Gesamtbereich der objektiven Sphäre (hier: der Schadensursache) mit seiner Berührung gedeckt wissen".⁸⁷ Damit kommt eine Berücksichtigung der notorischen Tatsache auch ohne Parteivortrag in Betracht. Zwar bedarf es eines richterlichen Hinweises, doch muß der Kläger die Tatsache nicht zu seinem Vortrag machen. Denn - von der genannten Voraussetzung ausgehend - dürfte er redlicherweise die Einbeziehung des offenkundigen Umstandes nicht verweigern.⁸⁸

(2) Rechtsvernichtende und rechtshemmende offenkundige Tatsachen

Auch bei rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen ist eine weitere Differenzierung geboten. Nicht alle ein Gegenrecht begründenden notorischen Tatsachen führen im Falle ihrer Nichtbeachtung zu einem "tenorisierten Widersinn".⁸⁹ Zu nennen sind z. B. notorische Einreden oder rechtsvernichtende Einwendungen.

Kein widersinniges Ergebnis resultiert aus einem Prozeßerfolg des Klägers, wenn keine amtswegige Verwertung der offenkundigen Tatsache erfolgen kann:

Bsp. 1.: Der Beklagte wird auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek in Anspruch genommen (§ 1147 BGB). Ihm steht jedoch eine dauernde Einrede gegen die Hypothek zu, die sich aus dem Grundbuch des streitentscheidenden Gerichts ergibt.⁹⁰ Ein klagestatgebendes Urteil wäre in diesem Fall nicht unsinnig. Es hätte durchaus Eigenwert und wäre auch vollstreckbar.

Bsp. 2.: In einem Rechtsstreit um die Erfüllung eines Kaufvertrags ist gerichtskundig, daß der vertragsschließende Rechtsvorgänger des Klägers zu diesem Zeitpunkt bereits entmündigt war. Der Beklagte will sich aus Pietätsgründen (der Verstorbene hatte zeitlebens unter der Entmündigung gelitten und sie als ungerecht empfunden) nicht auf diese berufen. Er würde eher anerkennen. Er trägt demzufolge andere Einwendungen vor. Bleibt diesen der Erfolg versagt, so hätte ein ohne Rücksicht auf die Entmündigung ergehendes Urteil durchaus einen sinnvollen und vollstreckbaren Inhalt.⁹¹

Doch auch das Gegenteil soll angesprochen werden. Es sind notorische, rechtsvernichtende oder -hemmende Tatsachen denkbar, die schlicht unsinnigen Ergebnissen im Falle ihrer Nichtbeachtung führten. Brüggemann⁹² spricht folgenden Fall an:

Bsp. 3.: Der Kläger verlangt vom Beklagten die Räumung seines - des Klägers - Anwesen. Das zu räumende Haus ist aber - wie allgemeinkundig ist - wenige Tage zuvor abgebrannt.

Bsp. 4.: Hier gehören aber auch die Fälle des Verkaufs von Sehenswürdigkeiten. Verklagt der reiche Amerikaner den pfiffigen Bayern, der ihm den Münchener Olympiaturm verkauft hat, auf Übereignung desselben, so ist auch hier die Klage auf eine offenkundig unmögliche Leistung gerichtet. Eine Klagestattgabe wäre von daher unsinnig.

Die genannten Fälle weisen auch hier Unterschiede auf, die eine differenzierte Behandlung amtswegiger Verwertung notorischer Tatsachen geboten erscheinen lassen. Doch ist der Blick auf das Ergebnis allein noch kein geeigneter Ansatzpunkt. Auch wenn der Prozeßerfolg ein vollstreckbares Urteil zeitigte, spricht dies noch nicht für oder gegen die Verwertung offenkundiger Tatsachen ohne Parteivortrag.

Im ersten Fall einer notorischen Einrede des Beklagten, weist sie dessen Recht aus. Dieses ist erst bei seiner Geltendmachung beachtlich, die grundsätzlich im Belieben des Rechtsinhabers steht. Daran ändert die zur Notorietät führende Grundbucheintragung nicht. Mit ihr wird nur einem Rechtsverlust, für den Fall einer Verfügung über die Forderung (Hypothek) seitens des Klägers, vorgebeugt. Eine amtswegige Einführung dieses Umstandes ist daher - trotz Offenkundigkeit - zu verneinen.

Anders erscheint es jedoch in den anderen Fällen: Entgegen Brüggemanns Ansicht⁹³ legt schon das Entmündigungsbeispiel eine amtswegige Einführung der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Rechtsvorgängers des Klägers nahe. Dessen Entmündigung verhinderte von vornherein einen Vertrag (§§ 105 ff.; 114 BGB). Wollte sich eine

Partei gegen diesen Umstand sperren, würde ein abstrakter Rechtsstreit geführt. Ein daraufhin ergehendes Urteil wäre ohne jede Entsprechung im Tatsächlichen. Es ist auch nicht so, daß die Parteien mit einer eventuellen Tatsachendisposition - entsprechend der materiellen Privatautonomie - ihre Rechtsverhältnisse im Prozeß neu gestalten können. Nur in diesem Fall wäre eine solche Disposition anzuerkennen. Daß aber dem nicht so ist, haben wir bereits früher⁹⁴ gesehen; die Parteiherrschaft ist kein Ausfluß materieller Verfügungsfreiheit. Die amtswegige Verwertung der Tatsache der Entmündigung bedeutet auch nicht, daß den Parteien dieser Umstand aufoktroziert würde. Redlicherweise dürfen sie sich nicht gegen die Verwertung dieser Tatsachen sträuben. Ihnen fehlt ein Rechtsschutzinteresse zur Führung eines abstrakten Prozesses.⁹⁵

Gleiches muß für die Fälle gelten, in denen das Urteil bereits widersinnig wäre. Sollte das Gericht die offenkundigen Tatsachen negieren müssen, erschiene dies als Mißbrauch der Justiz. Um es mit Brüggemann⁹⁶ zu sagen, "die Verhandlungsmaxime bricht sich hier an Öffentlichrechtlichen Vorbehalten, die einer jeden staatshoheitlichen Betätigung eigen sind".

(3) Eigene Lösung

Zwei Differenzierungspunkte scheiden nach dem Vorerwähnten aus: Die Trennung in rechtsbegründende und rechtsvernichtende Tatsachen trägt nichts zur Lösung bei. In beiden Komplexen sind Fallgruppen gegeben, die eher für und eher gegen eine amtswegige Verwertung notorischer Tatsachen sprechen. Ebenso wurde eine Argumentation vom Ergebnis her (ist ein ohne amtswegige Verwertung ergehendes Urteil vollstreckbar oder bedeutet es einen "tenorierten Widersinn") bereits abgelehnt.⁹⁷

Die Beispielsfälle haben aber gezeigt, daß eine Differenzierung durchaus geboten ist. Es ist nicht möglich, die amtswegige

Einführung notorischer Tatsachen einheitlich zu beurteilen. Ein Kriterium ist in den Tatsachen, die eine Rechtsposition einer Partei begründen und den sonstigen Tatsachen, die nur einzelne vorgetragene Tatbestandsmerkmale ausfüllen oder die Verfahrensdurchführung als rechtsmißbräuchlich erscheinen lassen, zu sehen.

Eine Begründung der unterschiedlichen Behandlung liefert die Verfahrensstruktur der ZPO, wie auch der Zweck des Verfahrens.⁹⁸

Grundsätzlich ist der einzelne frei, seine Rechte gerichtlich zu verfolgen. Diese Aussage steht bereits am Beginn unserer Betrachtung;⁹⁹ sie ist nun die Grundlage einer sachgerechten Lösung.

Wie eine Partei frei ist, zu entscheiden, ob sie ihr Recht verfolgen will, muß sie auch frei sein, selbst zu bestimmen, welches Recht sie verfolgen will. Überspitzt formuliert gilt folgendes: Klagt jemand einen Kaufpreisanspruch ein und sind dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht beweisbar, so darf das Gericht nicht dieselbe Summe aus Delikt zusprechen, mögen die den deliktischen Anspruch begründenden Tatsachen auch offenkundig sein. Dieses Ergebnis ist klar und wird von niemandem bezweifelt. Es folgt schon aus § 253 II Nr. 2 ZPO. Würde anders verfahren, so entschiede das Gericht einen nicht anhängigen Anspruch. Nichts anderes kann aber für den oben¹⁰⁰ angeführten Beispielfall gelten. Fehlt für einen Anspruch aus § 823 I BGB das Verschulden des Schädigers, ist dieser aber so vermögend, daß ein Anspruch aus § 829 BGB begründet wäre, so erhielte der Kläger zwar die geltend gemachte Summe, wenngleich aus einer anderen Anspruchsnorm. Der Anspruch als solcher resultierte auch aus demselben Geschehen. Und doch besteht ein Unterschied. Der Grund einer Ersatzpflicht aus § 829 BGB ist nicht die schuldhaft und rechtswidrige Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes; sie resultiert vielmehr nur aus einer rechtswidrigen unerlaubten Handlung. Hinzu kommt das Merkmal der "Billigkeit", begründet in den Verhältnissen des Schäd-

gers. Die Inanspruchnahme dieser "Billigkeit" muß aber der Entscheidung des Klägers überlassen bleiben. Er kann durchaus achtenswerte Gründe haben, sich nicht darauf zu berufen. Eine Verpflichtung hierzu besteht auch nicht. Beide Anspruchsnormen unterfallen verschiedenen Streitgegenständen. Das Gericht darf aber nicht über einen nicht geltend gemachten Streitgegenstand entscheiden.¹⁰¹

Haben wir nun ein Kriterium gefunden, um die Verwertung offenkundiger Tatsachen vom Vortrag des Klägers abhängig zu machen, so ist weiter dessen Übertragbarkeit auf Tatsachen, die eine Rechtsposition des Beklagten begründen, zu überprüfen. Es sei nochmals an unser Hypothekenbeispiel¹⁰² erinnert: Die dem Beklagten zustehende Einrede vernichtet den klägerischen Anspruch nicht, sondern hindert nur dessen Durchsetzung zeitweilig oder auf Dauer.¹⁰³ Die Geltendmachung der Einrede steht aber im Belieben des Rechtsinhabers. Sie entfaltet ihre Wirksamkeit im Prozeß erst mit dem Vortrag durch die Partei.¹⁰⁴

Bsp.: Wird eine verjährte Forderung eingeklagt, so hindert der Umstand der Verjährung als solcher den Klageerfolg nicht. Diese ist erst abzuweisen, wenn der Beklagte sich auf die Verjährung beruft. Eine Verpflichtung sich darauf zu berufen besteht aber nicht.

Es kann mithin auch keinen Unterschied machen, ob das Gegenrecht notorisch ist oder nicht. Der Parteivortrag darf keinesfalls übergangen werden.

Notorische Tatsachen, die eine besondere Rechtsposition einer Partei begründen, sei es, daß sie einen weiteren prozessualen Anspruch oder ein Gegenrecht gewähren, sind nicht ohne dahingehenden Parteivortrag in den Prozeß einzuführen. Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen, betreffend die Verfolgung seiner Rechte, darf nicht vom Gericht außer Acht gelassen werden.

Anderes gilt jedoch, wenn die offenkundige Tatsache den Parteien keine Rechtsposition einräumt, sei es, daß sie nur ein vorgetragenes Tatbestandsmerkmal ausfüllt¹⁰⁵ oder, daß sie als rechtshindernde Einwendung die Entstehung eines Anspruchs vereitelt¹⁰⁶ oder als rechtsvernichtende Einwendung einen bestehenden Anspruch entfallen läßt.¹⁰⁷ In all diesen Fällen muß die amtswegige Verwertung dernoteorischen Umstände möglich sein. Es gilt ein widersinniges (nicht vollstreckbares) Urteil bzw. einen abstrakten Rechtsstreit zu vermeiden. Fraglich ist nur der Weg, der zu einer Verwertung durch das Gericht ohne einen vorgehenden Parteivortrag führt.

Unbehelflich ist die Argumentation Zettels,¹⁰⁸ der meint, die Intention des Zivilverfahrens, den Parteien die Aufklärung des Streitstoffes aufzuerlegen, bestehe allein deshalb, weil diese am besten unterrichtet seien. Der Vortrag streiterheblicher Tatsachen erübrige sich aber dann, wenn der Richter diese bereits kenne. Diese Sicht ist geeignet, die Grenze zur Inquisition zu verwischen. Eine Trennung vom privaten Wissen des Richters ist nicht mehr möglich. Zettels Argumentation erinnert an die bereits abgelehnte¹⁰⁹ Auffassung Walters.¹¹⁰

Richtig ist jedoch Zettels Ansatzpunkt, nach dem Sinn des Parteivortrags zu fragen. Mehrere Kriterien hierfür haben wir schon gefunden, wie z. B. die freie Entscheidung der Parteien über die Rechtsverfolgung zu bestimmen,¹¹¹ das Rechtsschutzinteresse, das eine Lösung des zugrundeliegenden Konflikts erfordert,¹¹² die Bewährung effektiven Rechtsschutzes.¹¹³ Zusammengefaßt ist zu sagen: Entscheiden sich einzelne, ihre (vermeintlichen) Rechte zu verfolgen, so stellt der Staat mit dem Zivilverfahren das Mittel hierzu zur Verfügung. Dieses soll der Gewährung von Rechtsschutz dienen und die unerwünschte Selbsthilfe ausschließen. Motorische Kraft zur Erreichung dieses Zieles ist das gegensätzliche Interesse der Parteien am Prozeßerfolg. Dadurch kann das Potential der

Selbsthilfe sublimiert werden. Die Parteiherrschaft muß aber dort ihre Grenze finden, wo es um schlichte Auseinandersetzung zwischen den Parteien, um bloßen Streit um des Streites Willen geht. Dafür stellt der Staat sein Verfahren nicht zur Verfügung. Anders gesagt, wo dem Verfahren keine Befriedigungsfunktion für den tatsächlichen Lebensbereich der Parteien mehr zukommt (z. B. bei rein abstrakten Streitigkeiten), ist ihnen ein Rechtsschutzinteresse zu versagen; die Parteiherrschaft kann nicht anerkannt werden. Doch daneben muß ein ergehendes Urteil auch geeignet sein, zur Konfliktlösung beizutragen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die objektive Rechtsordnung sich in einem gewissen Rahmen bewährt. Die Parteien dürfen nicht in die Selbsthilfe zurückgestoßen werden. Die bedeutet zum einen, das Urteil muß als solches über einen möglichst wirklichkeitsnahen Sachverhalt entscheiden. Zum anderen ist aber effektiver Rechtsschutz - d. h. Rechtsschutz in angemessener Zeit - zu gewähren. Solange dem Zivilrichter kein Hilfsorgan zur Sachverhaltsaufklärung zur Seite steht, ist es unumgänglich, weitgehend den gegensätzlichen Interessen der Parteien zu vertrauen. Dies gilt jedenfalls, solange nicht offensichtlich nicht anerkennenswerte Motive im Spiel sind.

Wendet man diese Zielvorstellungen auf unsere Beispielsfälle an, so ergibt sich folgendes Bild:

Erklärt der Kläger des Zaunbeispiels,¹¹⁴ ihm sei an der Ersatzpflicht künftigen Schadens nur gelegen, wenn dieser aus mangelnder Holzschutzeigenschaft des Imprägniermittels entsteht, so erscheint diese Erklärung rechtsmißbräuchlich. Rechtsschutzziel der Klage war die Feststellung der Schadenersatzpflicht des Beklagten. Hierfür waren alle Tatbestandsvoraussetzungen vorge tragen, wenngleich sie nicht sämtlich beweisbar waren. Dieses Ziel kann der Kläger nunmehr durch Verwertung einer offenkundigen Tatsache erreichen. Weigerte er sich aber, diese in den Prozeß einzubeziehen, so gäbe er zu erkennen, daß er eigentlich keinen Rechtsschutz begehrt. Er will nur noch aussichtslose Scheingefechte führen, wofür der Zivilprozeß aber nicht offensteht. Folge davon kann nur sein, daß das Gericht die Ausfüllung des Begriffs "künftiger Schaden" selbst vornimmt, ohne eine Äußerung des

Klägers - nach erfolgtem Hinweis gem. § 139 I ZPO - abzuwarten. Nur so ist die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gesichert. Ist es dem Kläger aber nicht recht, auf diese Weise zu obsiegen, so steht ihm die Klagerücknahme oder der Klageverzicht noch offen.

Ähnlich ist die Situation für den Beklagten. Auch er mißbraucht den mit dem Zivilverfahren eingeräumten Rechtsschutz, will er z. B. die Entmündigung des klägerischen Rechtsvorgängers verschweigen.¹¹⁵ Dieser rechtshindernde Einwand steht unabänderlich und beweislos (§ 291 ZPO) fest. Mit dessen Einführung kann der Kläger ohne weiteres sein Rechtsschutzziel - Klageabweisung - erreichen. Der Vortrag nur anderer Einwendungen widerspräche nicht nur dem Rechtsschutzgedanken, sondern auch dem Gebot effektiven Rechtsschutzes. Beides würde vereitelt, wollte man das Gericht zwingen, trotz offenkundiger Entscheidungsreife,¹¹⁶ weiter zu verhandeln. Zur Entscheidung stünde nur noch ein abstrakter Konflikt.

Nichts anderes gilt, wenn sich ein Mieter weigert, in einem Räumungsprozeß das Niederbrennen des zu räumenden Gebäudes vorzutragen.¹¹⁷ Das fortgesetzte Verfahren wäre nichts anderes als eine leere Farce. Ein daraufhin ergehendes klagestattgebendes Urteil wäre völlig wertlos. Dafür aber steht der Zivilrechtsweg aber nicht offen.

In all diesen Fällen führt es dazu, dem Gericht die Befugnis zur amtswegigen Einführung der notorischen Tatsachen zu geben. Ist dem Beklagten an seiner Verurteilung gelegen, z. B. um den Kläger mit einem wertlosen Urteil zu ärgern, so mag er anerkennen. Es steht ihm aber nicht frei, zu seinem Privatvergnügen die Ziviljustiz länger als notwendig zu bemühen.

d) Ergebnis

Bei Dispositionen über offenkundige Tatsachen ist eine Differenzierung dahingehend geboten, ob die notorische Tatsache eine Rechtsposition einer Partei begründet oder nicht. Im ersten Fall steht die Einführung der Tatsache im Belieben der jeweiligen Partei. Eine amtswegige Berücksichtigung scheidet aus.

Füllen die notorischen Umstände aber nur bereits vorgetragene Tatbestandsmerkmale aus oder begründen sie rechtsverhindernde bzw. rechtsvernichtende Einwendungen, so ist eine Disposition aus-

geschlossen. Das Gericht darf die Tatsachen nach richterlichem Hinweis (§ 139 I ZPO) von Amts wegen verwerten. Eine Disposition der Parteien i. S. einer Nichtverwertbarkeit dieser Umstände bedeutete einen Rechtsmißbrauch. Auch wurde die Arbeitskraft des Gerichts trotz Entscheidungsreife unnütz noch beansprucht.¹¹⁸

Anmerkungen:

- 1) Dazu nachfolgend 2.
- 2) Siehe unten § 7 III 1 c.
- 3) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 290, Anm. 2 A, B; vgl. auch Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 d, f.
- 4) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 288, Anm. 3; § 290, Anm. 2 B; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 d; Jauernig, ZPR, § 44 III 2; BGHZ 37, 154 (155 ff.); a. M. Bernhardt, JZ 1963, 245; J. P. Schmidt, S. 140 ff.
- 5) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 d; Jauernig, ZPR, § 44 III 2.
- 6) Siehe oben § 6 V 2.
- 7) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 4; vgl. oben § 4 V 2.
- 8) Übertriebene Anforderungen an die Substantiierung des Vorbringens dürften nicht gestellt werden (OLG Schleswig, NJW 1983, 347 (348); vgl. auch BGH, NJW 1984, 2888).
- 9) Vgl. BGH, NJW 1961, 826; BGH, NJW 1968, 1233; BGH, NJW-RR 1986, 60; OLG Bamberg, BayJMinBl. 1952, 132; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 2, 28; Zöller-Stephan, ZPO, § 138, Rdnr. 2, 10; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 4.
- 10) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 288, Anm. 3, § 290, Anm. 2 B; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 11; Jauernig, ZPR, § 44 III 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 177 I 1 d.
- 11) BGH, NJW 1968, 1233; vgl. auch BGH, NJW 1956, 631; BGH, MDR 1959, 834; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 2.
- 12) OLG Schleswig, NJW 1983, 347; vgl. auch BGH, NJW 1962, 1394 = JZ 1963, 32 m. Anm. Scheuerle; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 107 ff.

- 13) OLG Köln, MDR 1975, 848; OLG Schleswig, SchlHA 1981, 189; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 27.
- 14) Zweifel können sich ergeben, wenn sofort im Anschluß zugestanden wird. Dieses Verhalten ist mit zu berücksichtigenden, Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20 Aufl., § 138, Rdnr. 26.
- 15) OLG Stuttgart, HRR 1929, 1522; OLG Kassel, ZJP 39 (1914), 514; OLG München, NJW 1972, 2067; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 219, 224; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 128, Anm. 5 C; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 64 I 4; Schaub, Formulare Sammlung, § 107 IX 1 c.
- 16) in: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 219.
- 17) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 264, Anm. 2 B ("Neuordnung des Streitstoffs").
- 18) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 224.
- 19) OLG Stuttgart, HRR 1929, 1522; OLG Kassel, ZJP 39 (1914), 514; OLG München, NJW 1972, 2067; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 224; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 64 I 4. Mit der Aufnahme in den eigenen Vortrag kann jede Tatsache und jedes Beweismittel des Gegners zum eigenen Vorteil benutzt werden. Dies entspricht der Rechtslage im sächsischen Prozeß (Heffter, S. 463 und oben § 4 IV 2).
- 20) Siehe oben § 6 V 2 b.
- 21) in: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 15, gestützt auf RG, ZAKDR 1937, 536.
- 22) Siehe oben § 6 V 2 b.
- 23) Einleitung zur Novelle 1933, RGBl 1933/I, S. 780; vgl. oben § 6 V 2 b.
- 24) So KG, StrS 72, 115; ArbG Gelsenkirchen, ArbRSlg 25, 175; Bernhardt, JZ 1963, 245; J. P. Schmidt, S. 148 ff.; a. M. BGH 37, 154 (255) = ZJP 75 (1962), 362 m. zust. Anm. H. Schneider; BGH, VersR 1980, 826; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 290, Anm. 2 B; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. III 2, § 290, Anm. I; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 f.; Jauernig, ZPR, § 44 III 2; Arens, ZPR, Rdnr. 224; ders., Willensmängel, S. 198; Schulze, NJW 1977, 412 und bereits früher RGZ 146, 348 (351); RG WarnRspr 1934, Nr. 191; Sydow-Busch, ZPO, § 290, Anm. 2; Stein-Jonas-Schönke, ZPO, 18. Aufl., § 288, Anm. III 2; Nikisch, ZPR, § 67 II 3; Rosenberg, ZPR, § 113 I 1 d, § 106 VI a a. E. zu offenkundig unwahren Geständnissen vgl. nachfolgend 2.

- 25) OLG Hamm, NJW 1955, 873 (Arglist; die gestehende Partei glaubte sich wegen einer Streitverkündung gesichert); OLG Frankfurt, VersR 1978, 260 (Arglist gegenüber der Versicherung bei fingiertem Unfall; dagegen BGH, VersR 1978, 862); ebenso BGH, VersR 1970, 826; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 288, Anm. 3; Thomas-Putzo, ZPO, § 138, Anm. 2 d, § 288, Anm. 3 b cc; Wieczorek, ZPO, § 288, Anm. A I b 2; Zöllner-Stephan, ZPO, § 288, Rdnr. 7.
- 26) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 290, Anm. 2 C; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 290, Anm. I; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 f.
- 27) So Bernhardt, JZ 1963, 245.
- 28) Dabei spielt der Streit, ob § 242 BGB analog anzuwenden ist (so Rosenberg-Schwab, ZPR, § 2 IV m. w. N. zur Rechtsprechung) oder nur der allgemeine Rechtssatz Geltung beansprucht (so Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 19; ähnlich Konzen, S. 236 ff.) keine Rolle.
- 29) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 260; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VII; Dölle, Festschrift für Riese, S. 279 (291).
- 30) Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 51; ihm folgend Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VII.
- 31) Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 100 ff., 105; Baumgärtel, ZJP 69 (1956), 89 (120 ff.); Henckel, Prozeßrecht, S. 114, 410; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VII; ablehnend betreffend diese Gruppe Baumgärtel, ZJP 86 (1973), 353; Konzen, S. 252 ff.
- 32) Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 123 ff.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VII.
- 33) Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 150 ff.; Baumgärtel, ZJP 69 (1956), 89 (116); Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VII.
- 34) Vgl. die Nachweise oben Fn. 25.
- 35) NJW 1955, 873.
- 36) BGHZ 65, 127; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 48 II 3.
- 37) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 47 IV 2 insbes. b. Allerdings dürfen die Prozeßhandlungen keine Rechtsgeschäfte enthalten (z. B. Aufrechnung), vgl. BGH, JZ 1963, 237.
- 38) RGZ 147, 127; BGH, NJW 1976, 293; OLG Köln, NJW 1975, 2109; insoweit zustimmend Gorski, NJW 1976, 811; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 67, Anm. 2 D.
- 39) OLG Hamm, NJW 1955, 873.
- 40) VersR 1978, 260.

- 41) Vgl. auch BGH, VersR 1970, 826; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 288, Anm. 3; Thomas-Putzo, ZPO, § 288, Anm. 3 b cc, § 138, Anm. 2 d; Wieczorek, ZPO, § 288, Anm. A I b; Zöllner-Stephan, ZPO, § 288, Rdnr. 7.
- 42) Vgl. BGH, VersR 1978, 862.
- 43) BGHZ 63, 51; BGH, NJW 1978, 2155; OLG Düsseldorf, VersR 1974, 229; KG, VersR 1975, 350; OLG Köln, VersR 1975, 1128; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 62 Rdnr. 13; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 50 II 2 b; a. M. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 62, Anm. 2 B; Gerhardt, Fälle, S. 65 ff.; OLG Frankfurt, NJW 1974, 1473; OLG Köln, MDR 1970, 596; OLG Köln, MDR 1974, 1473; LG Saarbrücken, VersR 1973, 515.
- 44) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 49 III 1.
- 45) BGH, VersR 1978, 862.
- 46) RGZ 154, 303; OLG Kiel, SchlHA 1946, 269; vgl. auch BGH, LM Nr. 10 zu § 832 BGB; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 138, Anm. 1 F; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138, Rdnr. 11,12; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 7 a.
- 47) Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 VIII 7 b, c.
- 48) Zu offenkundig unwahren Geständnissen vgl. nachfolgend 2.
- 49) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 a.
- 50) Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 3 a; Thomas-Putzo, ZPO, § 291, Anm. 1 a.
- 51) Thomas-Putzo, ZPO, § 291, Anm. 1 a.
- 52) BGHSt 6, 292; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 3 b; Thomas-Putzo, ZPO, § 291, Anm. 1 b
- 53) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 291, Anm. I 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 291, Anm. 1 B.
- 54) Schönfeld, S. 180.
- 55) Ausdrücklich Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 291, Anm. I 2.
- 56) Vgl. Stein, Das private Wissen des Richters, 1893 und Walter, Freie Beweiswürdigung, 1979, § 11.
- 57) Vgl. auch Overhoff, S. 188; Schönfeld, S. 180.
- 58) Freie Beweiswürdigung, S. 262 ff. (276).
- 49) Ebenso Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 3 c.

- 60) Siehe oben § 7 III 1 c (1), (2).
- 61) RGZ 143, 175 (183); RG, WarnRspr 1916, 92; RG, Recht 1917, 660; BAG, NJW 1977, 695; OLG Schleswig, SchlHA 1974, 166; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 291, Anm. 2 B, vor § 128, Anm. 3 C; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 291, Anm. III; Grunsky, Grundlagen, § 40 II 3 a; Schönfeld, S. 180 ff.
- 62) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. III 2; ähnlich Nikisch, ZPR, § 67 III; R. Schmidt, ZPR, § 79; Braun, S. 14; ebenso BGH, NJW 1979, 2089; BGHZ 37, 154 (156); a. M. Grunsky, Grundlagen, § 40 II 3 a.
- 63) Vgl. dazu Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 238, Anm. III 1; Köhler, Prozeß, S. 16 ff.
- 64) Jauernig, ZPR, § 49 VII 3; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 3; R. Schmidt, JZ 1956, 559 ff.; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (22 ff.); ders., ZPR, § 34 I; Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (207).
- 65) Festschrift für Rosenberg, S. 9 (22 ff.).
- 66) Festschrift für Esser, S. 193 (207).
- 67) System I, S. 414; ähnlich v. Sobernheim, Ungünstiges Parteivorbringen, S. 75 Fn. 1; Brüggemann, iudex statutor, S. 337 ff.
- 68) Vgl. dazu Brüggemann, iudex statutor, S. 340 ff.
- 69) Siehe oben § 2 I.
- 70) Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (22 ff.).
- 71) Vgl. die Nachweise in Fn. 61.
- 72) Vgl. die Nachweise in Fn. 62.
- 73) So aber Grunsky, Grundlagen, § 40 II 3 a; Schönfeld, S. 181.
- 74) Vgl. BVerfGE 10, 177; Thomas-Putzo, ZPO, § 291, Anm. 1 a, b.
- 75) BVerfGE 3, 359 (365); BVerfGE 9, 231 (236); BVerfGE 15, 218; BVerfGE 32, 197; BVerfGE 36, 92 (98); BVerfGE 36, 298; BVerfGE 54, 117 (125); BVerfGE 55, 72 (94); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 128, Anm. 4 A; § 291, Anm. 1; Meyer-Ladewig, SGG, § 118, Anm. 7; Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 30; Arens, ZPR, Rdnr. 36; Baur, ZPR, Rdnr. 52; ders., AcP 153 (1954), 393 (408); Jauernig, ZPR, § 19 II; Zeiss, ZPR, § 32 II; Grunsky, Grundlagen, § 25 III 1; Henckel, Prozeßrecht, S. 249; Waldner, S. 82 ff. m. w. N. zu anderen Rechtsgebieten. Anders für unsere Fragestellung

BSG, NJW 1979, 1063; unklar OLG Frankfurt, MDR 1977, 849, das Vortragsrecht und Recht zur Stellungnahme zu verwechseln scheint.

- 76) Siehe oben § 7 III 1.
- 77) Siehe oben § 6 IV 1.
- 78) Vgl. den Beispielsfall Brüggemanns, iudex statutor, S. 341 und unten (1).
- 79) Weyers, Festschrift für Esser, S. 193 (207).
- 80) Schönfeld, S. 182.
- 81) Hellwig, System I, § 142 II 2, S. 414.
- 82) Brüggemann, iudex statutor, S. 340. Erste Bedenken gegen die oben leichthin getroffene Differenzierung machen sich schon deshalb bemerkbar, da der Beklagte mit der Klageabweisung doch auch nur "sein Recht" sucht. Er müßte insoweit auch "seines Glückes Schmied" sein.
- 83) Vgl. dazu den ähnlich gelagerten Fall BGHZ 59, 158.
- 84) iudex statutor, S. 341.
- 85) Es handelt sich bei § 823 BGB und § 829 BGB nicht um Ansprüche im selben Streitgegenstand, denn der vorgetragene Sachverhalt lies nicht alle Voraussetzungen von § 829 BGB erkennen. Dabei ist es unmaßgeblich, welcher Streitgegenstandstheorie man folgt. Bei einer Schadenersatzklage wäre jedenfalls der Sachverhalt auch bei der eingliedriger Theorie zur Auslegung heranzuziehen. Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 96 III 3; Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 23 ff.
- 86) Vgl. Brüggemann, iudex statutor, S. 342, Fn. 835.
- 87) Brüggemann, iudex statutor, S. 341 unter Hinweis auf das ähnliche Urteil des RG, GruchBeitr 1936, 1131.
- 88) Dazu vgl. unten (3).
- 89) Brüggemann, iudex statutor, S. 342; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (22 ff.).
- 90) Zur Eintragungsfähigkeit vgl. Palandt-Bassenge, BGB, § 1169, Anm.2.
- 91) Dieses Beispiel führt Brüggemann, iudex statutor, S. 343, in Abwandlung von Hellwigs Beispiel (System I, S. 414) gegen orts- weigige Berücksichtigung notorischer Tatsachen an.
- 92) iudex statutor, S. 342.
- 93) iudex statutor, S. 343.

- 94) Siehe oben § 5 IV 2.
- 95) Anders Brüggemann, iudex statutor, S. 343.
- 96) iudex statutor, S. 342.
- 97) Siehe oben § 7 III 2 c (2).
- 98) Zweifel, ob aus dem Prozeßzweck Einzellösungen abgeleitet werden können äußert Arcens in: Humane Justiz, S. 1 (5) und ZZP 96 (1983), 1. Im Vordergrund unserer Betrachtung steht aber auch die Konzeption des Zivilverfahrens, weswegen sich eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Auffassung erübrigt.
- 99) Siehe oben § 7 III 2 b vor (1).
- 100) Siehe oben § 7 III 2 c (1).
- 101) Siehe bereits oben Fn. 85. Zum Streitgegenstandsbegriff und zum Stand der Diskussion sei auf die Ausführungen Schwabs (JuS 1965, 81 und Rosenberg-Schwab, ZPR, § 96 III) verwiesen.
- 102) Siehe oben § 7 III 2 c (2).
- 103) Larenz, BGB - AT, § 14 II.
- 104) Larenz, BGB - AT, § 14 II.
- 105) Siehe oben § 7 III 2 c (1).
- 106) Siehe oben § 7 III 2 c (2).
- 107) Siehe oben § 7 III 2 c (2).
- 108) S. 111, unter Hinweis auf Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (22 ff.).
- 109) Siehe oben § 7 III 2 a.
- 110) Freie Beweiswürdigung, S. 276.
- 111) Siehe oben § 6 IV 1.
- 112) Siehe oben § 6 V 2.
- 113) Siehe oben § 6 V 2.
- 114) Siehe oben § 7 III 2 c (1).
- 115) Siehe oben § 7 III 2 c (2).

- 116) § 300 ZPO ist ebenso Ausprägung des Gebotes zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes.
- 117) Siehe oben § 7 III 2 c (2).
- 118) Dies verbietet aber bereits die Einleitung zur Novelle 1933, vgl. RGB1 1933/I, S. 780.

ZWEITER HAUPTTEIL: DISPOSITION ÜBER RECHTSFRAGEN

§ 8 Einführung

Im ersten Teil haben wir die Möglichkeiten der Parteien untersucht, im Tatsachenbereich Dispositionen zu treffen. Eine solche Befugnis wurde über die Vorschriften der §§ 138 III, 288 ZPO bejaht. Es ist ihnen möglich, einzelne Tatsachen von der Verwertung als Urteilsgrundlage auszuschließen oder sie als Streitstoff dem Gericht bindend vorzulegen.

Nunmehr soll das Augenmerk auf die Rechtsfragen gelenkt werden. Können die Parteien das Gericht auch in der rechtlichen Beurteilung auf ein bestimmtes Verständnis festlegen? Muß sich das Gericht eine übereinstimmend vorgetragene Rechtsauffassung der Parteien zueigen machen?

I Begriff der Rechtsfragen

Vorweg ist es unerläßlich, den Begriff der Rechtsfragen inhaltlich auszufüllen. Eine Abgrenzung zu den Tatsachen ist nicht immer einfach und bestimmt;¹ eine eindeutige Zuordnung ist oft nur schwer möglich.² Bezeichnet z. B. das Wort "Besitz" eine Tatsache oder beinhaltet es schon eine rechtliche Aussage?

Die Schwierigkeiten der Abgrenzung ergeben sich aus dem Fehlen einer allgemeingültigen Begriffsbestimmung der Rechtsfragen, die der der Tatsachen vergleichbar ist.³ Man beschreibt überwiegend nur einige Einzelfälle.⁴ Eine abstrakte Definition ist angesichts der Vielfalt von Rechtsbegriffen und Rechtsfragen sehr schwer möglich. Die Abgrenzung kann zunächst nur negativ erfolgen: Rechtsfragen sind keine äußeren oder inneren Vorgänge, die der Nachprüfung Dritter unterliegen.⁵ Damit ist aber noch nicht viel gewonnen. Genauerer Aufschluß und die Grundlage für den Versuch einer positiven Abgrenzung soll anhand eines Beispiels gewonnen werden.

Bsp.: Haben die Streitparteien einen Vertrag geschlossen, wonach der Kläger dem Beklagten eine Summe von 10.000,-- DM zu übergeben hatte, die dieser ratenweise mit 6 % Zinsen pro Monat, beginnend am . . . zurückzahlen sollte, so werden damit nur Tatsachen bezeichnet. Subsumiert man diese unter § 607 BGB, so beantwortet sich die Frage nach der Rechtsnatur der getroffenen Abrede als ein Darlehensvertrag. Zieht man weiterhin § 138 II BGB und die vom Reichsgericht entwickelte Formel "aller billig und gerecht Denkenden"⁶ heran, so erweist sich der Vertrag als sittenwidrig und (Zweite Rechtsfrage!) nichtig.

Rechtsbegriffe sind eine ins rechtliche übertragene Wertung tatsächlicher Vorgänge, also keine bloßen Werturteile. Sie beruhen nicht auf dem Empfinden einer Einzelperson (wie z. B. warm, kalt, gut), sondern sind auf Grund der Gesetze und juristischen Regeln objektiv nachprüfbar. Positiv ausgedrückt sind Rechtsfragen juristische Obersätze, unter die Tatsachen subsumiert werden; Rechtsbegriff ist jeder Begriff dieses Obersatzes.⁹ Anders ausgedrückt: Rechtsfragen sind rechtliche Bewertungen tatsächlicher Vorgänge.¹⁰

Damit sind aber noch keineswegs alle Schwierigkeiten ausgeräumt, wie der Begriff "Besitz" zeigt. Der Besitz als solcher ist eine nachvollziehbare Beziehung einer Person zu einer Sache.⁹ Andererseits beinhaltet er aber auch eine juristische Wertung. Jemand hat die Möglichkeit, jederzeit auf eine Sache einzuwirken; er hat den Willen, sie zu beherrschen. Der Problematik solcher "doppelrelevanten" Begriffe soll später benauer nachgegangen werden.¹⁰

Anmerkungen:

- 1) Vgl. zu den sog. Rechtstatsachen unten § 12 II.
- 2) E. Schmidt, RuP 1980, 106 (107), bezeichnet dies als "akademisches Geplänkel".
- 3) Siehe oben § 2 II; vgl. auch Laumen, S. 61.
- 4) Vgl. nur Rosenberg-Schwab, ZPR, § 64 I 2 a.
- 5) Vgl. die Definition der Tatsachen oben § 2 II.
- 6) RGZ 80, 225.
- 7) Mitsopoulos, ZJP 81 (1968), 251 (259 ff.); Henke, ZJP 81 (1968), 197 (219 ff.); ders., Tatfrage, S. 148 ff.
- 8) Prütting, Zulassung, S. 196 ff.
- 9) BGH, DRiZ 1974, 27.
- 10) Siehe unten § 12 II.

II Rechtsdispositionen der Parteien

Die juristische Wertung wird vom Gericht aus dem partei-lichen Tatsachenvortrag gezogen. Dies versuchen die Sätze "iura novit curia" und "da mihi facta, dabo tibi ius" zum Ausdruck zu bringen. Damit muß aber nicht, wie diese Aussagen möglicherweise nahelegen, jeglicher Einfluß der Parteien auf die rechtliche Seite des Prozesses ausgeschlossen sein. Es mag durchaus der Fall sein, daß sie einvernehmlich eine bestimmte rechtliche Wertung erreichen können.

Bsp.: Tragen die Parteien im obigen Darlehensfall nicht vor, welche Zinsabrede tatsächlich getroffen wurde, sondern behaupten sie eine solche von 4 % im Quartal, so zieht das Gericht noch nicht die Folge der Sittenwidrigkeit des Vertrages; dieser wird nach dem Sachvortrag als wirksam behandelt.

Daraus kann und wird zum Teil¹ der Schluß gezogen, es müsse den Parteien möglich sein, auch ohne Umweg über die Tatsachen in Rechtsfragen zu disponieren.² Können die Parteien also das Gericht anweisen, davon auszugehen, der Kläger sei Eigentümer des streitgegenständlichen PKWs,³ der geltend gemachte Anspruch resultiere aus einem Gesellschaftsverhältnis⁴ oder ein Vertragsverhältnis sei bereits beendet⁵ oder nicht sittenwidrig?⁶

Vorweg ist aber noch darauf hinzuweisen, daß Tatsachen- und Rechtsdispositionen nicht, wie das Beispiel der Sittenwidrigkeit nahelegen mag, auseinanderklaffen müssen. Gewiß, die Parteien tragen einen von der Rechtsprechung noch als hinnehmbar bezeichneten Zinsanspruch vor. Allerdings erhält der Kläger keinen vollstreckbaren Titel in der Höhe, wie er bei zulässiger Rechtsdisposition erreichbar wäre. Eine solche Diskrepanz fehlt jedoch in den Fällen, wenn die Parteien statt eines Werkvertrags einen Dienstvertrag annehmen wollen. Allenfalls versteckt mag ein Unterschied, z. B. in der Gewährleistungsregelung bestehen.

Anmerkungen:

- 1) Vgl. nachfolgend § 9 mit dem Überblick über die vertretenen Auffassungen.
- 2) So Grunsky, ZZP 84 (1971), 148; Wolf, Anerkenntnis, S. 61; Würthwein, S. 62; vgl. auch Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (209); Pollak, S. 79 ff.; Wach, Vorträge, S. 77.
- 3) Bejahend RGZ 32, 407; vgl. auch RGZ 58, 54; RG, Recht 1905, 682; verneinend OLG Schwerin, NJ 1952, 90 ff.
- 4) Ablehnend RGZ 95, 147 ff.
- 5) Ablehnend für einen "erfolgten" Rücktritt RGZ 155, 180 (183).
- 6) Vgl. zuletzt BGH, NJW 1982, 1981 (ablehnend).

III Grundlagen einer Rechtsdisposition

Eine den §§ 138 III, 288 ZPO vergleichbare Vorschrift, die eine Rechtsdisposition gestattete, ist der ZPO nicht zu entnehmen. Zu denken wäre allenfalls an die analoge Heranziehung der Normen betreffend die Tatsachendisposition; diese erfolgte aber gegen deren klaren Wortlaut.

Rechtsabreden ermöglichen aber die Vorschriften über Anerkenntnis (§ 307 ZPO), Verzicht (§ 306 ZPO), Vergleich (§ 794 I Nr. 2 ZPO) und Versäumnisurteil (§§ 331 ff. ZPO).¹ Diese Vorschriften lassen jedoch nur eine Streiterledigung in toto zu.

Neben der Suche nach einer Rechtsgrundlage für Rechtsdispositionen der Parteien - u. U. ist diese auch in einem Prozeßgrundsatz zu finden - , wird uns aber auch die weitere Frage beschäftigen, inwieweit Rechtsabreden durch Prozeßgrundsätze oder -leitsätze ausgeschlossen sind. Zwar wird in neuerer Zeit behauptet, der Satz "iura novit curia" bedeute nicht mehr, als daß die Parteien keinerlei Rechtskenntnisse zu haben brauchten.² Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ihnen bindende Rechtsausführungen gestattet wären.³

Anmerkungen:

- 1) Darauf beruft sich Henckel, Prozeßrecht, S. 134.
- 2) In diesem Sinne vgl. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. IV 2; Wieczorek, ZPO, § 260, Anm. B III b; Rosenberg, ZJP 49 (1925), 38 (39 ff.); Schultzenstein, ZJP 43 (1913), 301; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (18); Bayer, S. 63 ff.
- 3) Vor allem Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (4); vgl. auch Häsemeyer, ZJP 85 (1972), 207 (209), der im Ergebnis eine Parteidisposition in Rechtsfragen aber verneint. Zweifelnd auch Würthwein, S. 88.

§ 9 Überblick über die vertretenen Auffassungen

I Die Auffassung der Rechtsprechung

Eine einheitliche Linie der Rechtsprechung zu unserem Fragenkreis ist nicht zu erkennen.¹ Nur soviel kann gesagt werden: Im Grundsatz geht sie davon aus, die Parteien könnten das Gericht in Rechtsfragen nicht binden.² Die letzte Konsequenz dieser Aussage wurde aber, was die kontroversen Entscheidungen beleben, nicht immer gezogen. Zu sehr wird einzelfallbezogen argumentiert; allgemeingültige Aussagen und dogmatische Ableitungen finden sich selten. Mit der Literatur³ wird lediglich eine Differenzierung vollzogen, ohne diese aber näher aus der Gesetzessystematik zu begründen: Es sind einfache und schwierige Rechtsfragen zu unterscheiden; erstere werden im Gegensatz zu den schwierigen wie Tatsachen behandelt.⁴

1. Einfache Rechtsfragen

Zu den einfachen oder "allgemein bekannten" und damit geständnisfähigen Rechtsverhältnissen⁵ werden solche gezählt, die "tatsächliche Vorgänge oder Zustände durch Verwendung geläufiger Rechtsbegriffe" kennzeichnen.⁶ Hierher rechnen Begriffe des täglichen Lebens, wie Kauf, Miete, Darlehen,⁷ Bürgschaft oder Eigentum.⁹ Die Einführung eines solchen Begriffs im Prozeß sei seiner Zerlegung in die tatsächlichen Momente gleichzuachten. Der Vortrag der Tatsachengrundlage könne mit der Verwendung des gebräuchlichen Rechtsbegriffs bindend unterstellt werden.¹⁰

Den genannten Begriffen werden weitere gleichgeachtet, wie Erbe, Pflichtteilsberechtigter,¹¹ sowie auch Fragen der Testamentsauslegung¹² und vertraglicher Bindung.¹³ Auch diese Rechtsbegriffe seien derart geläufig, daß sie prozeßrechtlich in mancher Beziehung "ebenso behandelt werden, wie natürliche Tatsachen".¹⁴

Die Auslegung von Verträgen und letztwilligen Verfügungen bedeutete letztendlich nichts anderes, als eine Tatsachenwürdigung. Wenn es dem Gericht auch nicht verwehrt ist, Schlüsse aus dem Tatsachenvortrag zu ziehen, gehe es aber dennoch nicht an, vom erklärten Parteiwillen abzuweichen.¹⁵

Klare Abgrenzungskriterien zu schwierigen Rechtsbegriffen finden sich nicht. So liest man einmal,¹⁶ die Zugehörigkeit des Grafen Franz v. F. zum hohen deutschen Adel - als reichsständische Eigenschaft der F.'schen Großfamilie - sei keine einfache Rechtstatsache. Ihre Feststellung ergebe sich erst aus verschiedenartigen Erwägungen rechtlicher und rechtshistorischer Art. An anderer Stelle heißt es, die Frage der Sittenwidrigkeit sei kompliziert. Eine bindende übereinstimmende Erklärung der Parteien, dahingehend, daß der Vertrag gleichwohl wirksam sei, könne nicht zugelassen werden.¹⁷

Dieser kurze Überblick mag zunächst genügen, um zu zeigen, daß die Rechtsprechung klare Grundsätze vermissen läßt. Sehr oft wird der Parteeinfluß mit der Behauptung abgetan, die Rechtsfindung sei Aufgabe des Gerichts.¹⁸ Den einzelnen Entscheidungen soll daher nachfolgend eine genauere Betrachtung zuteil werden.¹⁹

2. Die Entscheidungen im einzelnen

a) Dispositionen über Rechte an Gegenständen

Im Vordergrund dieses Abschnitts stehen einverständliche Aussagen der Parteien, die eine sei Eigentümer einer bestimmten Sache oder ihr stehe ein Recht (Pfandrecht) an einer solchen zu. Die einzelnen Entscheidungen weisen in der Beurteilung dieser Fragen keine einheitliche Linie auf.

In der frühen Entscheidung hatte das RG²⁰ darüber zu befinden, ob das Zugeständnis, der Beklagte habe richterliche Unterpfand-

rechte an zwangsweise versteigerten Liegenschaften erworben, he-
achtlich sei. Das RG versagte der Auffassung der Vorinstanz (OLG
Karlsruhe), die ein bindendes Geständnis angenommen hatte, seine
Zustimmung. Es betonte ausdrücklich, nur Tatsachen seien geständ-
nisfähig; für Rechtsbehauptungen gelte dies - im Anschluß an
Savigny²¹ - nur dann, wenn sie einfacher Natur seien. Ein solch
einfaches Rechtsverhältnis nahm das RG vorliegend nicht als ge-
geben an.

In diesselbe Richtung weist eine spätere Entscheidung vom 07.
04.1913.²² Dort wurde die Bindung an den Vortrag, der Klägerin
stünde ein Recht aus einer erworbenen Gerechtsame²³ zu, abge-
lehnt; da rechtliche Folgerungen betroffen seien, handle es sich
um kein Geständnis i. S. § 288 ZPO. Der Begriff eines einfachen
Rechtsverhältnisses wurde in dieser Entscheidung nicht bemüht.

Im Gegensatz hierzu leitete das RG in seiner Entscheidung vom
29.01.1913 zwanglos aus dem Verhandlungsgrundsatz ab, die Par-
teien könnten das Gericht in der Frage, daß es dem Kläger nicht
erlaubt sei, an dem streitigen Forderungsbetrag irgendwelche Rech-
te zu erheben, binden.²⁴

Hinsichtlich übereinstimmender Erklärungen zur Eigentumslage
liegen ebenso widersprechende Entscheidungen vor. So wurde das Zu-
gestehen des Eigentums an Ackergut als unbeachtlich angesehen, da
eine Rechtsfrage betroffen sei.²⁵ Das Zugestehen des Eigentums an
Obstbäumen wurde unter Hinweis auf die eingangs genannte Entschei-
dung²⁶ als bindend angesehen.²⁷ Eine weitere Kehrtwendung der
Rechtsprechung ist in der Folgezeit festzustellen. So wurde ver-
neint, daß das Eigentum an Kundenrimessen der Parteidisposition
unterliegt,²⁸ da es sich insoweit um keine beweisbedürftigen Tat-
sachen handelt. Erneut zog man sich also auf die formale Position
zurück, nur Tatsachen seien geständnisfähig, ohne sich um eine
weitere Begründung zu bemühen. In dieselbe Richtung geht die Ent-

scheidung des OLG Schwerin,²⁹ wo eine bindende Erklärung betreffend die Eigenschaft als Schiffseigner nicht zugelassen wurde.

Dieser Rechtslage steht eine frühere Entscheidung des RG³⁰ gegenüber. Dort wurde einzig die prozessuale Bedeutung des Eigentumsgeständnisses grundlegender betrachtet. Das RG ordnete das Eigentumsgeständnis in der genannten Entscheidung weder als Geständnis i. S. § 288 ZPO, noch als Anerkenntnis (§ 307 ZPO) ein. Mit beiden teile es aber die "Natur eines prozessualen Dispositionsakts; es erscheint als Verfügung über einen Teil des Streitstoffes, über den zu verfügen die Partei berechtigt ist". Demzufolge wurde einem Eigentumsgeständnis bindende Wirkung zuerkannt, mit der Folge, daß der Gegner seiner Beweispflicht (!) enthoben sei. Es darf aber angemerkt werden, daß mit der vom Reichsgericht getroffenen Aussage zwar ein Schritt hin zur Findung einer Rechtsgrundlage für Rechtsdispositionen gemacht worden war, allein, eine allgemeingültige Grundlage ist darin noch nicht zu sehen.

b) Stellung von Personen in der Gesellschaft^{30a}

Einheitlicher ist die Rechtsprechung in diesem Bereich: Erklärungen über die Stellung von Personen in der Gesellschaft bzw. deren Beziehung untereinander wurde jegliche Bindungswirkung abgesprochen.

Die erste Entscheidung zu diesem Problemkreis betraf die Erklärung des Grafen Franz v. F., zum hohen deutschen Adel zu gehören. Wegen anzustellender rechtlicher und rechtshistorischer Erwägungen sei die Entscheidung dieser Frage nicht einfach; das Gericht könne somit nicht gebunden werden.³¹ In gleicher Weise wurde das Zugestehen, eine Person der Zeitgeschichte i. S. § 23 KunstUrhG zu sein, als unverbindlich behandelt.³²

Bereits vorher hatte das RG der Aussage, offiziell verlobt zu sein, aus ähnlichen Gründen jegliche Bindungswirkung versagt.³³ Ebenso wurde die Bindung an eine Parteiabrede über die Haltereigenschaft eines KFZ's verneint.³⁴

In einer neuen Entscheidung sieht es das BAG³⁵ hingegen als zulässig an, wenn ein schwerbehinderter Kläger eines Kündigungs-schutzprozesses erklärt, er wolle seine Klage nicht auf die Schwerbehinderteneigenschaft stützen. Zu Unrecht beruft sich das Gericht zur Stützung seines Ergebnisses auf die auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltende Parteifreiheit.³⁶ Denn die Erklärung des Klägers bedeutet nicht, die Tatsache seiner Schwerbehinderteneigenschaft solle außer Betracht bleiben; diese räumt er vielmehr ein. Sie kann nur so verstanden werden, daß über das Zustimmungserfordernis des § 12 SchwbG und die Einhaltung des Verfahrens gem. §§ 14 ff. SchwbG disponiert wird. Dann steht aber eine Rechtsfrage inmitten.

c) Stellung einer Person als Erbe oder Pflichtteilsberechtigter

Obwohl die beiden Begriffe als "einfach" und daher geständnisfähig angesehen werden,³⁷ sind gerade hier einige Kontroversen festzustellen.

Zunächst wird angenommen, die Parteien könnten bindende Erklärungen über diese Rechtsbegriffe abgeben. Sie seien wie natürliche Tatsachen zu behandeln.³⁸ Dem widerspricht aber die Entscheidung vom 05.10.1912.³⁹ Dort wurde die Geständnisfähigkeit just mit dem Hinweis, es liege eine Rechtsfrage zur Entscheidung vor, abgelehnt.

Hingegen sieht man die Nachlaßverwaltereigenschaft des Klägers wiederum als geständnisfähig an.⁴⁰ Unter Verweisung auf die in früheren Urteilen herausgearbeiteten Grundsätze⁴¹ bejaht das RG

eine einfache Rechtstatsache. Offen bleibt lediglich, welche Grundsätze in Bezug genommen wurden.

d) Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen

Hiermit ist eine komplexe Materie angesprochen, die das gesamte Gebiet des Zivilrechts betreffen kann. Überall kommen Willenserklärungen und Verträge vor; überall können in den Augen der Parteien Dispositionen geboten sein. Entsprechend weit gefächert sind daher auch die obergerichtlichen Entscheidungen; sie reichen von einer Bejahung des Parteeinflusses über differenzierende Betrachtungen bis hin zur Verneinung einer richterlichen Bindung durch den Parteeivortrag.

Gerade in dieser Fallgruppe wird das unterschiedliche Verständnis parteilicher Weisungen in den Augen des Gerichts deutlich. Denn hier weisen die Parteien im Unterschied zu den vorgenannten Gruppen das Gericht lediglich an, von einer bestimmten rechtlichen Wertung auszugehen, ohne die richterliche Urteilsfindung insgesamt für eine einzelne Rechtsfrage auszuschließen.

In einer frühen Entscheidung hatte das RG⁴² eine Bindung an die Testamentsauslegung der Parteien bejaht. Es war die Frage zu klären, ob die der Klägerin zu gewährende Ausstattung aus dem Nachlaß auf ihren Erbteil anzurechnen war. Das Gericht fühlte sich an die parteiliche Einigung hierüber gebunden.

Auch in zwei weiteren Urteilen hielt das RG rechtliche Parteierklärungen für obligatorisch. Im ersten Fall⁴³ erklärten die Parteien einvernehmlich, die erstinstanzliche Vertragsauslegung (Durchschnittspreise für Koks) sei unrichtig. Die Parteien des zweiten Rechtsstreits⁴⁴ trugen übereinstimmend eine Auslegung der Vertragsklausel "Preis freibleibend" vor. Leider erfolgte keine weitere Auseinandersetzung mit der Frage rechtlicher Dispositionen, als die Behauptung, diese Aussagen seien bindend.⁴⁵

Engere Voraussetzungen stellte das RG in einem späteren Urteil⁴⁶ auf. Die Auslegung von Verträgen wurde grundsätzlich als Sache des Gerichts angesehen. Etwas anderes könne allenfalls dann gelten, wenn ein rechtsgeschäftlicher Wille der Parteien eindeutig hervortrete. Dann sei ausnahmsweise ein Zugestehen von Rechtsfragen möglich.⁴⁷

Generell ablehnend verhielt sich das RAG.⁴⁸ Es entschied zur Frage der Auslegung von Tarifnormen, die Auslegung von Rechtsätzen sei ausschließliches Recht des Gerichts. Eine Parteivereinbarung hierüber sei unverbindlich und unbeachtlich. Damit zog es die eigentliche Konsequenz aus der vorgenannten Entscheidung des RG's. Wenn zulässige Parteiabreden in Rechtsfragen nur bei rechtsgeschäftlichem Begleitwillen anzuerkennen sind, kann von einer Rechtsdisposition keine Rede mehr sein.

In diesem Zusammenhang gehört auch eine weitere Entscheidung des RG's.⁴⁹ Die Parteien waren sich hier einig, daß eine Aufwertung der Erbteile nach Warenanteilen dem Erblasserwillen widersprochen hätte. Entgegen der Erkenntnis einer früheren Entscheidung,⁵⁰ wo die Testamentsauslegung als Tatsachenwürdigung angesehen wurde, nahm das Gericht im vorliegenden Fall eine nicht disponible Rechtsfrage an.

In dieselbe Richtung ging eine frühere reichsgerichtliche Einzelfallentscheidung.⁵¹ Ihr lag ein Sachverhalt zugrunde, wonach die Parteien von einem zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsverhältnis - resultierend aus einer getroffenen Absprache - ausgingen. Jedoch waren sie über den Inhalt der Rechtsbeziehungen uneins. Eine bloße Wertung, wie sie zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits übereinstimmend getroffen wurde, genügte dem RG nicht zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses; dieses könne nicht als abstrakter Begriff unterstellt werden. Vielmehr sei es mit einem bestimmten Inhalt zu erfüllen.⁵²

So wenig dieses Urteil verallgemeinert werden kann, so augenfällig ist doch der Widerspruch zu den weiteren Entscheidungen, wo von einer Geständnisfähigkeit der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien ausgegangen wurde.⁵³ Zwar stellt ein Gesellschaftsverhältnis keinen einfachen Rechtsbegriff dar; doch ging die ablehnende Entscheidung auch nicht auf fragwürdige Differenzierungen ein. Das Gericht hob vielmehr das "Rahmenrechtsgeständnis" hervor. Es war noch streitiger Tatsachenvortrag neben der einvernehmlichen Rechtsauffassung offengeblieben. Ist damit auch gleichzeitig gesagt, daß Rechtsgeständnisse den Rechtsstreit umfassend erledigen müssen?

e) Vertragsschluß und Vertragswirksamkeit

Hier sind zwei Fragenkomplexe erfaßt. Zum einen ist das Zustandekommen vertraglicher Beziehungen zu nennen; daneben steht die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrages inmitten, sei es, daß zwingende Formvorschriften oder die Sittenwidrigkeit entgegenstehen.

Eine Bindung an einvernehmlichen Vortrag, ein Vertrag sei zustandegekommen, wird von den Obergerichten bejaht.⁵⁴ Der Richter dürfe sich nicht ohne weiteres über den Standpunkt der Parteien hinwegsetzen, wenn diese nicht über das Zustandekommen, sondern nur über Art und Umfang des Vertragsverhältnisses streiten wollen.⁵⁵ Der BGH schloß sich dieser reichsgerichtlichen Auffassung im Ergebnis an. Jedoch hat er für einen Bürgschaftsvertrag des weiteren darauf abgehoben, daß ein einfaches Rechtsverhältnis vorliege.⁵⁶

Demgegenüber verneinte das RG eine Bindung an ein "Geständnis", vom Vertrag zurückgetreten zu sein.⁵⁷ Diese Entscheidung begründete es aber (leider) nur mit dem Hinweis, § 288 ZPO erfasse lediglich Tatsachen-, nicht aber Rechtsgeständnisse.

Konsens ist bei der Beurteilung von Parteidispositionen über zwingende Formvorschriften festzustellen. Einhellig nimmt die

Rechtsprechung eine Überprüfung der Wirksamkeit des Vertrages vor.⁵⁸

Das RG⁵⁹ hat wie der BGH⁶⁰ einen Grundstückskaufvertrag, der unter Mißachtung der Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB abgeschlossen worden war, als nichtig angesehen, obwohl die Parteien ausdrücklich erklärt hatten, sich nicht auf diesen Mangel berufen zu wollen. Der BGH stellte den Grundsatz auf, die Nichtigkeitsfolge des Formmangels sei von Amts wegen zu beachten.⁶¹ Im Fall des BGH war dem bereits im Haus wohnenden "Erwerber" vom Verkäufer gekündigt worden. Der beklagte Veräußerer wollte sich nicht auf den Formmangel des Kaufvertrages berufen; es sollte allein die Wirksamkeit der Kündigung überprüft werden. Hatte das RG noch auf die Unverzichtbarkeit der Vorschrift des § 313 S. 1 BGB abgestellt, da sie im öffentlichen Interesse bestehe,⁶² hob der BGH mehr auf die Parteibefugnisse im Zivilprozeß ab.⁶³ Er führte aus, die Kundgabe von - wenn auch übereinstimmenden - Rechtsansichten könne das Gericht nicht binden. Eine Beschränkung der rechtlichen Beurteilung durch die Parteien sehe das Verfahrensrecht nicht vor.

Diese Ansicht vertrat schon früher das RG.⁶⁴ Es verneinte die Umgehung eines Genehmigungserfordernisses durch einverständlichen Parteivortrag.

Kontrovers wird demgegenüber die Frage beantwortet, inwieweit die Parteien das Gericht anweisen können, von der Sittengemäßheit eines abgeschlossenen Vertrages auszugehen. Seine ablehnende Haltung gegenüber der Bindungswirkung einer solchen Parteierklärung deutete das RG⁶⁵ zunächst nur an. Konkretisiert wurde sie dann im Urteil vom 27.10.1899.⁶⁶ Ein Zugestehen von Rechtsfragen sei nur bei solchen einfacher Art möglich. Sittenwidrigkeit könne aber wegen der Schwierigkeit ihrer Beurteilung nicht von den Parteien bindend vorgeschrieben werden.

Genau gegenteilig entschied das RG dann aber im Urteil vom 04.01.1912.⁶⁷ Folgender Sachverhalt lag dieser Entscheidung zugrunde:

Ein Arzt hatte sich vertraglich gegenüber dem Ärzteverband verpflichtet, seine Stellung bei der Ortskrankenkasse aufzugeben. Er sollte sich auch in den folgenden 10 Jahren nur mit der Zustimmung des Präsidenten des Ärzteverbandes niederlassen dürfen. Die Parteien beurteilten den Vertrag übereinstimmend als sittenwidrig; streitig war allein, ob beiden oder nur einer Partei ein Sittenverstoß zur Last zu legen war. Das RG konnte in der Niederlassungsbeschränkung keinen Verstoß gegen die guten Sitten erkennen, ließ aber die Frage der Sittenwidrigkeit der vertragswidrigen Aufhebung der Tätigkeit bei der Ortskrankenkasse offen. Es sah sich durch die einverständliche Parteierklärung gebunden; die Disposition über die Sittenwidrigkeit wurde wie eine solche über das Eigentum behandelt.⁶⁸

Diese Rechtsprechung gab der BGH in der Folgezeit wieder auf⁶⁹ und kehrte zur alten Linie zurück. Erneut wurde die Schwierigkeit bei Beurteilung der Frage der Sittenwidrigkeit betont, die die Parteien nicht durch Zugestehen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis entziehen können.⁷⁰ Diese Ansicht wurde dann in einer jüngeren Entscheidung bestätigt.⁷¹ In dem Urteil vom 06.05.1982 hatte der BGH über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Beklagte wurde auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch genommen. Der Darlehensvertrag war wegen eines überhöhten Zinssatzes nichtig. Dennoch hatte der Beklagte erneut privatschriftlich bestätigt, er wolle den Darlehensvertrag anerkennen. Das Gericht fühlte sich hieran nicht gebunden. Dabei verneinte es eine Bestätigungsmöglichkeit eines sittenwidrigen Vertrages nicht grundsätzlich. Doch könne eine Parteiabrede nur dann zulässig und bindend sein, wenn die Umstände, aus denen sich der Sittenverstoß ergibt, entfallen sind.⁷² Es wird das Erfordernis eines neuen Vertragsschlusses statuiert.

Trotz dieser jetzt wohl gefestigten Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des KG⁷³ sehr interessant, das die vom BGH aufgestellten Grundsätze wieder etwas lockerte. Das KG

läßt es zu, daß das Berufungsgericht an die Auffassung der Parteien, ein Vertrag sei (nicht) sittenwidrig, dann gebunden ist, wenn diese ihre Auffassung auf eine vertretbare Auslegung des Erstgerichts stützen. Die Begründung hierfür ist recht bemerkenswert. Einerseits wird die Bindung an einzelne Urteilselemente des Ersturteils angenommen;⁷⁴ das Berufungsgericht habe nur in den Grenzen der Anträge neu zu verhandeln (§ 525 ZPO), wobei gem. § 537 ZPO nur auf die damit verbundenen Streitpunkte einzugehen ist. Anderes gelte aber für die Frage der Sittenwidrigkeit. Insoweit sei grundsätzlich eine volle Überprüfung geboten. Jedoch könne man dann hiervon eine Ausnahme machen, wenn die Ansicht der Vorinstanz vertretbar sei und von den Parteien hingenommen werde.

Wie die Vertretbarkeit der erstinstanzlichen Auslegung beurteilt werden soll, führt das KG nicht mehr aus. Dies ist aber wohl nur im Wege einer (summarischen) Überprüfung der Auslegung des Erstrichters möglich. Angesichts der vom BGH aufgestellten objektiven und subjektiven Anforderungen⁷⁵ bedeutet dies aber zumeist eine genaue Nachprüfung.

f) Dispositionen über gesetzlich zwingende Folgen

Im Urteil vom 28.02.1914 entschied das RG,⁷⁶ ein Konkursverwalter brauche sich nicht auf die Anfechtbarkeit von Abtretungen zur Rechtfertigung seines Klageanspruchs berufen. Die rechtliche Beurteilung des vorgetragenen Streitstoffs sei allein Sache des Gerichts. Aus dem Schweigen des Konkursverwalters sei daher keine entgegengesetzte Bindung des Gerichts zu entnehmen. Diese Entscheidung blieb aber vereinzelt.

In einem weiteren Fall hatte das RG⁷⁷ folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Eingeklagt waren Ansprüche aus dem Preußischen Unfallfürsorgegesetz. Diese unterlagen gem. dessen § 8 einer Ausschußfrist, die der Kläger versäumt hatte. Der Beklagte wollte

sich hierauf aber nicht berufen. Das RG fühlte sich durch diese Erklärung gebunden, obwohl mit Ablauf der Ausschußfrist der geltend gemachte Anspruch erloschen war.

Ebenso mißachtete das RG an anderer Stelle⁷⁸ die gesetzliche Folge der Anfechtung. Eine Partei hatte im Verfahren den Kaufvertrag angefochten, später aber die ursprüngliche Erklärung fallen gelassen. Trotz der gesetzlichen Nichtigkeitsfolge (§ 142 BGB), die nicht durch Widerruf der sie auslösenden Erklärung beseitigt werden kann,⁷⁹ ließ das RG die prozessuale Disposition zu.

Wohl eher unbewußt kam der BGH⁸⁰ in einer umgekehrten Fallgestaltung zum selben Ergebnis. Die Klägerin hatte den Beklagten beauftragt, zu einem Festpreis ein Haus in Schwarzarbeit erstellen zu lassen. Der Beklagte bestellte das Material und setzte die Arbeiter ein. Da er einige Rechnungsbeträge schuldig blieb, wurden diese der Klägerin zur Bezahlung vorgelegt. Der BGH sah zwar das Gesetz zum Schutz vor Schwarzarbeit als Verbotsgesetz i. S. § 134 BGB, mit der Folge der Nichtigkeit des Baubetreuungsvertrages, an. Konsequenz hieraus ist, daß die Klägerin vom Beklagten nicht die begehrte Freistellung von den, den Festpreis übersteigenden Beträgen verlangen kann. Dieses Ergebnis mochte der BGH nicht hinnehmen. Er meinte, die Nichtigkeitsfolge sei grundsätzlich von Amts wegen zu beachten; doch sei es treuwidrig, wenn der Beklagte sich in diesem Fall darauf berufe.⁸¹

Der Widersinn dieser Argumentation springt ins Auge. Muß der Beklagte sich nicht auf die Nichtigkeitsfolge berufen, da das Gericht diese von Amts wegen zu beachten hat, kann sein Schweigen nicht als Treuwidrigkeit gegenüber der anderen Partei ausgelegt werden. Doch kommt der BGH mit dieser Begründung nicht nur zu einem Dispositionsrecht der Parteien, sondern zu einer Dispositionspflicht.^{81a} Es bleibt die Frage offen, ob diese Folge dem BGH bewußt geworden ist.

g) Weitere Einzelfälle

Ergänzend sei noch auf einige weitere Entscheidungen zu Einzelfragen hingewiesen, deren Einordnung in den vorgenannten Gruppen nicht ohne Schwierigkeiten möglich ist:

Die Lehenseigenschaft eines Hofes wurde vom RG als Rechtsfrage angesehen, die das Gericht amtswegig festzustellen hat.⁸² Demgegenüber wurde eine Disposition dergestalt, daß ein Weg als öffentlicher Weg besteht, zugelassen.⁸³

Als Rechtsfrage und damit nicht geständnisfähig, betrachtete das RG die Höhe einer Kondemnationssumme,⁸⁴ die Schuldfrage bei einem Eisenbahnunfall,⁸⁵ wie auch die Frage des Verschuldens des Grundbuchrichters.⁸⁶

Eine Streitbeschränkung im Rechtsmittelverfahren wird verneint.⁸⁷

h) Sonderproblem: Beschränkte Anerkenntnisse⁸⁸

Zuletzt sei noch auf die Sonderproblematik der beschränkten Anerkenntnisse eingegangen. Diese betreffen die Fälle, in denen der Klageanspruch bzw. der Anspruchsgrund (nicht nur bloße Vorfragen) zugestanden wird, der Beklagte aber weitere Einreden erhebt, z. B. gegen die Fälligkeit oder Höhe der Forderung oder die Verjährungseinrede.

Diese Fallgestaltungen können nicht unmittelbar der Vorschrift des § 307 ZPO untergeordnet werden;⁸⁹ eine vollinhaltliche Anerkennung des Klageanspruchs erfolgt in solchen Fällen nicht. Die "aner kennende" Partei verfolgt die Klageabweisung weiter.

(1) Die höchstrichterliche Rechtsprechung

In der - soweit ersichtlich - ersten Entscheidung zu diesem Problemkreis hat das RG⁹⁰ eine Bindung des Gerichts an ein beschränk-

tes Anerkenntnis bejaht. Der Beklagte hatte den Klagegrund insgesamt anerkannt, jedoch die Aufrechnung mit einer Gegenforderung erklärt. Das Gericht stellte in seiner Entscheidung aber mehr auf ein Tatsachengeständnis, denn auf ein Anerkenntnis ab, wenn es ausführt, nach dem Parteiverhalten des Beklagten habe sich die Forderung nicht mehr im Streit befunden.⁹¹

Der Grundtenor dieser Entscheidung kommt in einem späteren Urteil⁹² deutlicher zum Ausdruck. Die Anerkennung der Erbenhaftung nach Kräften des Nachlasses wird als bindend angesehen, wenn die zugrundeliegenden Tatsachen gleichzeitig zugestanden werden. Unsere Fragestellung wurde also ins Tatsächliche verlagert.

In der letzten Entscheidung des RG zu dieser Frage wurden beschränkte Anerkenntnisse nicht zugelassen.⁹³ Ein Anerkenntnis sei nur dann bindend, wenn als Folge unmittelbar ein Anerkenntnisurteil ergehen könne. Damit sagte das RG zweierlei aus: Einmal siedelte es die beschränkten Anerkenntnisse im Rechtsbereich an. Zum anderen, und dies ist bedeutender, stellte es mit seiner Entscheidung klar, daß dem Anerkenntnis selbst keine prozeßbeendende Wirkung zukommt. Erst durch das Urteil werde der Rechtsstreit beendet. Damit wird gleichzeitig deutlich gemacht, daß das Gesetz die Frage der Bindung an Anerkenntnisse abschließend regelt und die Vorschrift des § 307 ZPO nicht nur einen Teilaspekt der Gesamtproblematik darstellt.⁹⁴

Ähnlich hatte das RG bereits vorher⁹⁵ eine Bindung verneint, als der Beklagte seine Schadenersatzpflicht anerkannte, sich aber mit deren Höhe nicht abfinden wollte. Ein Geständnis wurde wegen der berührten Rechtsfrage verneint, für ein Anerkenntnis fehlte es an einer vollständigen Unterwerfung unter den Klageantrag.

Die aufgeworfene Frage war beim BGH^{95a} in der Folgezeit ein weiteres Mal anhängig. Der Beklagte hatte den geltend gemachten An-

spruch unter dem Vorbehalt einer Zug-um-Zug Leistungsverpflichtung anerkannt. Leider sah sich das Gericht in einer der Problemlösung nicht dienlichen Lage; es konnte dieses Problem mangels Beschwer des Revisionsführers offenlassen. Die Vorinstanz (OLG Frankfurt) hatte ein bindendes beschränktes Anerkenntnis bejaht.

Das BAG⁹⁶ bejahte in einer Entscheidung die Bindung an ein Anerkenntnis im Urkundsverfahren unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren.

(2) Die Rechtsprechung der Instanzgerichte

Neben dem OLG Frankfurt⁹⁷ ließ auch das OLG München⁹⁸ ein bindendes beschränktes Anerkenntnis zu. Ein Anerkenntnis im Urkundsverfahren unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren werde nicht durch die Notwendigkeit vollständiger Unterwerfung unter den Klageantrag gehindert. Der Vorbehalt sei ein gesetzlicher; es gelte immer, gleichviel, ob ein Urkundsurteil streitig oder auf Grund eines Anerkenntnisses ergeht. Mit dem Anerkenntnis sei jedenfalls die Grundlage einer streitigen Verhandlung im Urkundsverfahren entfallen.⁹⁹

Daneben ergingen vorwiegend eine Bindung verneinende Entscheidungen. Das OLG Dresden¹⁰⁰ lehnte eine solche ab, als der Beklagte seine Zahlungsverpflichtung zugestanden, die Fälligkeit aber bestritten hatte. Argumentiert wurde aus einer fehlenden vollen Unterwerfung unter den Klageantrag.¹⁰¹

Aus neuerer Zeit findet sich eine weitere ablehnende Entscheidung des OLG Frankfurt.¹⁰² Dem Urteil lag eine besondere Fallkonstellation zugrunde: In einem Feststellungsverfahren hatte der Beklagte anerkannt, worauf der Kläger sofort zur Leistungsklage übergegangen war. Hier verneinte das OLG nun eine Bindung an das Anerkenntnis. Es stellte auf die zu befürchtende Vollstreckung aus einem Leistungstitel ab; diese könne eine andere Verteidigung geboten erscheinen lassen.

Etwas anders lag der Sachverhalt in einer Entscheidung des LG Hannover.¹⁰³ Im Arrestverfahren erkannte der Beklagte den Arrestanspruch, nicht aber den Arrestgrund an. Beides erachtete das LG als nicht trennbar und lehnte demzufolge - unter Beachtung der Besonderheiten des Arrestverfahrens - eine Bindungswirkung ab.

(3) Hilfsweise erklärtes Anerkenntnis

Diese Fallgruppe unterscheidet sich von den vorgenannten Konstellationen insofern, als das Anerkenntnis zwar Hilfsweise erklärt wird, dann jedoch eine volle Unterwerfung unter den Klageanspruch beinhaltet. Mit dieser Problematik hatte sich der BGH in einer Entscheidung¹⁰⁴ zu befassen.

Der ausländische Beklagte hatte die fehlende internationale Zuständigkeit des angegangenen deutschen Gerichts gerügt. Für den Fall der Bejahung seiner Zuständigkeit wollte er aber Hilfsweise anerkennen.

Der BGH bestätigte die Verurteilung aus dem Anerkenntnis. Dieses war unbedingt erklärt¹⁰⁵ und nicht lediglich in Aussicht gestellt. In der Sache selbst herrschte kein Streit mehr.

Früher hatte das OLG Köln¹⁰⁶ aber den Erlaß eines Anerkenntnisurteils abgelehnt, als der Beklagte das Feststellungsinteresse geleugnet, den Anspruch aber Hilfsweise anerkannt hatte. Damit sei auch der Klagegrund geleugnet.

Zur Frage eines Hilfsweisen Anerkenntnisses unter Erhebung materieller Einreden sind - soweit ersichtlich - keine Entscheidungen ergangen. Ausgehend von der vorgenannten Entscheidung des BGH¹⁰⁷ wird man aber davon ausgehen müssen, daß eine Bindungswirkung solchenfalls verneint werden würde. Denn der Streit in der Sache ist mit dem Anerkenntnis nicht ausgeräumt. Auch könnte man sagen, das Anerkenntnis sei erst in Aussicht gestellt, wenn die Einwendungen des Beklagten nicht mehr vorgebracht werden.

3. Grundlage der Dispositionen in Rechtsfragen

Aus dem vorstehenden Überblick ist deutlich geworden, daß die Rechtsprechung bei der Frage der Bindung an rechtliche Parteierklärungen zumist auf den Schwierigkeitsgrad der betreffenden Rechtsfrage abstellte. Doch wurde auch erhell, daß diese Unterscheidung bei weitem nicht immer für die Zulassung oder Ablehnung einer bindenden Erklärung grundlegend war. Insbesondere bei der Auslegung von Willenserklärungen und/oder Verträgen zog man die genannte Differenzierung nicht heran. Nahezu zwangsläufig stellt sich damit die Frage nach der Verfügungsnorm bzw. der Verfügungsgrundlage der Rechtsprechung, auf der die eine Parteidisposition bejahenden Entscheidungen aufbauten. Die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung deutet schon darauf hin, daß dies keine einheitliche Grundlage sein kann. Nachfolgend wird also die begonnene Unterscheidung fortgesetzt.

a) Einfache Rechtsverhältnisse

Das Geständnis einfacher Rechtsverhältnisse unterstellte die Rechtsprechung der Vorschrift des § 288 ZPO.¹⁰⁸ Man ging zwar nicht so weit, diese als Tatsachengeständnisse anzusehen,¹⁰⁹ doch seien die einfachen Rechtsverhältnisse so geläufig und gemeinbekannt, daß die Parteien sich eine Vorstellung von deren Inhalt machen könnten. Eine Aufgliederung in die tatsächlichen Grundlagen bedeutete einen reinen Formalismus.¹¹⁰

Dementsprechend nahm die Rechtsprechung auch eine Bindung an Geständnisse einfacher Rechtsfragen analog der von Tatsachengeständnissen an; ein Widerruf kam nur bei Irrtumsnachweis in Betracht.¹¹¹

In einer weiteren Entscheidung zu komplizierten Rechtsverhältnissen verlangte das RG¹¹² lediglich eine einfache Abstandserklärung; später¹¹³ forderte man aber schon einen Gegenbeweis. Diese Rechtsprechung ist mit dem Vorstehenden nicht vereinbar. Würthweins¹¹⁴ Kritik, beide Entscheidungen widersprächen einan-

der, trifft noch nicht den Kern. Sah man ein kompliziertes Rechtsverhältnis als nicht disponibel an, so bedurfte es keiner Abstandserklärung der Parteien zum Zwecke des Widerrufs. Jedenfalls konnte aber kein Gegenbeweis verlangt werden, da Rechtsverhältnisse keinem Beweis zugänglich sind (§ 293 ZPO).

b) Beschränkte Anerkenntnisse

Ähnlich argumentieren die Gerichte in den früheren Entscheidungen¹¹⁵ für die beschränkten Anerkenntnisse. Mit ihrer Zulassung wurde keine Disposition im Rechtsbereich geschehen, sondern die dem Anspruch zugrundeliegenden Tatsachen sollten zugestanden sein. Für die Zulassung solcher Dispositionen ist wiederum § 286 ZPO die Grundlage, obwohl diese Vorschrift nirgends ausdrücklich erwähnt wird. Ein Widerruf ist damit nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO möglich.

Soweit die anderen Urteile eine Rechtsdisposition in diesem Bereich anerkennen, wird zumeist auf eine direkte oder analoge Anwendung des § 307 ZPO abgehoben, ohne dies aber ausdrücklich klarzulegen.

c) Sonstige Rechtsdispositionen

In einer Entscheidung wollte sich das RG¹¹⁶ nicht über das übereinstimmend erklärte Verständnis der Parteien betreffend das Zustandekommen eines Vertrages hinwegsetzen. Leitend war hierfür nicht die Unterscheidung einfacher und komplizierter Rechtsfragen. Das Gericht wollte offenbar die materielle Gestaltungsfreiheit der Parteien auf den Prozeß übertragen. In der Disposition sah es einen materiellen Gestaltungsakt.

In die entgegengesetzte Richtung weisen aber die Urteile vom 15.04.1904¹¹⁷ und vom 25.09.1907.¹¹⁸ In der ersten Entscheidung wird die Erklärung, eine Partei sei Eigentümerin einer bestimmten Sache, in der zweiten die einvernehmliche Darlegung, ein bestimmter Weg sei kein öffentlichrechtlicher, als bindender pro-

zessualer Dispositionsakt angesehen. Die betroffenen Rechte bzw. Belastungen unterfallen nicht uneingeschränkt der Privatautonomie. Deren Fortsetzung in den Prozeß kann die bindende Parteierklärung nicht rechtfertigen.

Das RG hat in den genannten Entscheidungen nicht zwischen einfachen und schwierigen Rechtsfragen unterschieden, also § 288 ZPO nicht ausdrücklich (direkt oder analog) herangezogen. Es läßt auch keinen einfachen Widerruf der Erklärungen zu, sondern verlangt den Gegenbeweis.¹¹⁹ Offen bleibt, ob daneben ein Irrtumsnachweis geboten ist.

Aus alldem kann an sich nur der Schluß gezogen werden, daß die zur Entscheidung stehenden Begriffe wie Tatsachen behandelt werden. Wie anders käme sonst ein Gegenbeweis in Betracht? Daß dieser Entschluß aber nicht zwingend ist, verdeutlicht die Entscheidung vom 11.06.1885.¹²⁰ Dort verlangte das RG für den Widerruf eines "Zugeständnisses" eines komplizierten Rechtsverhältnisses den Gegenbeweis. Diese Rechtsprechung ist, wie schon erwähnt, widersprüchlich. Rechtsverhältnisse sind keinem Beweis zugänglich. Nach dieser Entscheidung scheint das RG bei der Annahme bindender Rechtsdispositionen der Parteien aber von einem Verfügungstatbestand eigener Art auszugehen. Es nimmt offenbar eine eigene prozessuale Dispositionsbefugnis an.

d) Zusammenfassung

Eine eindeutige Aussage der Rechtsprechung über den Verfügungsgrund bei Rechtsdispositionen liegt nur vor, soweit einfache Rechtsfragen betroffen sind. Diese werden wie Tatsachen behandelt und analog § 288 ZPO als geständnisfähig angesehen. Ähnlich werden in den frühen Entscheidungen die beschränkten Anerkenntnisse behandelt.

Soweit darüber hinaus Rechtsdispositionen der Parteien zugelassen werden, ohne nach einfachen und schwierigen Rechtsfragen zu differenzieren, ergibt sich kein einheitliches Bild. Die Entschei-

dungen zu Auslegungsfragen lassen als Dispositionsgrundlage eine in den Prozeß fortgesetzte Privatautonomie vermuten. Andere Urteile legen die Annahme einer eigenen prozessualen Verfügungsbe fugnis nahe.

Anmerkungen:

- 1) So hielt das RG (JW 1912, 285) die Abrede, ein Vertrag sei nicht sittenwidrig, für bindend. Der BGH verneinte eine Bindung in derselben Fallgestaltung (NJW 1958, 1968). Die Disposition, der Kläger sei Eigentümer von Obstbäumen, erachtete das RG (Z 32, 402) als zulässig; andererseits verneinte es in einer weiteren Entscheidung (bei Bolze I, Nr. 1724) die Bindung an den Vortrag, eine Partei sei Eigentümer von Ackergut.
- 2) Vgl. z. B. RGZ 80, 363 ff.; RGZ 84, 253; RGZ 85, 163 ff.; RGZ 103, 95 ff.; BGH, NJW 1956, 1968; BGH, JR 1969, 102; BGH, NJW 1982, 1981. Dies verkennt Schlösser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33.
- 3) Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II 1 a; Blomeyer, ZPR, § 68 I; Bruns, ZPR, § 29 III 1; Jauerlig, ZPR, § 44; Nikisch, ZPR, § 67 I 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 a.
- 4) Vgl. nur BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGE; BGH, LM Nr. 50 zu § 675 BGE; BGH, WM 1980, 193 (194).
- 5) Ausdrücklich BGH, WM 1980, 193 (194); vgl. auch Nikisch, ZPR § 67 I 2.
- 6) Nikisch, ZPR, § 67 I 2.
- 7) Vgl. BGH, NJW 1956, 1968; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 a m. w. N.
- 8) BGH, WM 1980, 193 (194).
- 9) RGZ 32, 409; RGZ 56, 54; RG, JW 1905, 682; RG, Recht 1908, Nr. 3396; RG, JW 1913, 385; BGH, NJW 1958, 1968.
- 10) BGH, NJW 1958, 1968.
- 11) BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGE; BGH, NJW 1974, 1866; RGZ 10, 365.
- 12) BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGE.

- 13) RG, Recht 1924, Nr. 545. Ähnlich RG, Recht 1923, Nr. 626, wo ein einverständliches Fallenlassen des Vortrags der Vertragsanfechtung für zulässig und bindend erachtet wurde.
- 14) RG, JW 1901, 6 ff.; RG, JW 1925, 765, mit zust. Anm. Wach; BGH, LM Nr. 1 zu § 133 BGB; BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB.
- 15) BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; RG, JW 1925, 765, mit zust. Anm. Wach.
- 16) RGZ 35, 409 (411, 412). Vgl. auch RGZ 125, 80, wo einem Geständnis des damals bekannten Fußballspielers Tull Harder, eine Persönlichkeit der Zeitgeschichte i. S. § 23 I 1 Kunst-UrhG zu sein, bindender Charakter abgesprochen wurde.
- 17) BGH, NJW 1958, 1968 gibt die gegenteilige Auffassung des RG (JW 1912, 285) ausdrücklich auf. Vgl. auch RG, JW 1899, 766; BGH, NJW 1982, 1981.
- 18) Dies kritisieren Wittmaack, AcP 86 (1898), 62 ff. und V. Beyer, S. 44.
- 19) Aus Gründen der Überschaubarkeit wird im nachfolgenden Abschnitt 2. keine historische, sondern eine an Sachgesichtspunkten orientierte Betrachtung gewählt.
- 20) RGZ 10, 364.
- 21) System III, S. 45; Savigny (S. 42) führt dort aus, daß dort für einen Minderjährigen eine Verpflichtung entsteht, wo er das Unrecht in seiner Handlung begreift (einfache Rechtsfrage).
- 22) RGZ 161, 243 ff.
- 23) Darunter sind vererbliche bzw. veräußerliche Grundstücksnutzungsrechte zu verstehen. Der konkreten Entscheidung lag ein Wasserbenutzungsrecht zugrunde.
- 24) RG, JW 1913, 385 (386).
- 25) RG bei Bolze I, Nr. 1724.
- 26) RGZ 10, 364.
- 27) RGZ 32, 407 (409).
- 28) RG, JW 1903, 179.
- 29) NJ 1952, 90.
- 30) RGZ 58, 54.
- 30a) Vgl. auch Zöllner-Stephan, ZPO. § 288, Pdnr. 2.

- 31) RGZ 35, 409 (411/12). Anders entschied jedoch die Vorinstanz (OLG Stuttgart). Dies verkennt Würthwein, S. 67. Die Problematisierung des Widerrufs stand im Zusammenhang mit der Frage nach dem bindenden Geständnis, das aber letztlich verneint wurde.
- 32) RGZ 125, 80 (Tull Harder).
- 33) RG, GruchBeitr 42 (1898), 1188.
- 34) RG, Seuff Arch 88 (1934), Nr. 10.
- 35) DB 1981, 103.
- 36) BAG, DB 1981, 103 unter Hinweis auf BAG, AP Nr. 1 zu § 70 BPersVG - Kündigung.
- 37) Vgl. BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; BGH, NJW 1984, 1866; RGZ 10, 365.
- 38) BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; RG bei Bolze I, Nr. 1723.
- 39) RG, WarnRspr 5 (1912), Nr. 440.
- 40) RG, JW 1912, 357.
- 41) RGZ 32, 407.
- 42) JW 1901, 6 ff.; vgl. aber die ablehnende Entscheidung RG, WarnRspr 30 (1938), Nr. 54.
- 43) JW 1905, 682.
- 44) RG, Recht 1924, Nr. 545.
- 45) Ähnlich RG, Recht 1908, Nr. 3396; RG, WarnRspr 5 (1912), Nr. 186.
- 46) HRR 1932, Nr. 378; vgl. auch RG, GruchBeitr 52 (1908), Nr. 929.
- 47) Dies bedeutet dann aber, daß die Tatsachengrundlage verändert wird, wenn die Parteien eine rechtsgeschäftliche Abrede treffen. Eine Rechtsdisposition scheidet daher aus.
- 48) RG, HRR 1932, 2276; vgl. auch RG bei Bolze I, Nr. 1726.
- 49) RG, WarnRspr 30 (1938), Nr. 54.
- 50) RG, JW 1925, 765, mit zust. Anm. Wach.
- 51) RGZ 95, 147.
- 52) RGZ 95, 147 (149).

- 53) Z. B. RGZ 32, 409.
- 54) RG, JW 1925, 765; RC bei Bolze I, Nr. 1725; BGH, WM 1980, 193 (194).
- 55) RC, JW 1925, 765.
- 56) BGH, WM 1980, 193 (194).
- 57) RGZ 155, 180 (183).
- 58) RGZ 61, 264; RGZ 129, 357; BGHZ 29, 7 (12); BGH, JR 1969, 102.
- 59) RGZ 61, 264 ff.
- 60) BGH, JR 1969, 102.
- 61) Ausdrücklich BGHZ 12, 306; BGHZ 10, 330; BGHZ 23, 255; BGHZ 29, 7 (12); BGH, JR 1969, 102.
- 62) RGZ 61, 264 (267).
- 63) BGH, JR 1969, 102 (103).
- 64) RGZ 129, 357 (367).
- 65) RGZ 29, 106 (109) führte nur aus, Rechtssätze stünden nicht zur Parteidisposition.
- 66) RC, JW 1899, 766.
- 67) RC, JW 1912, 205.
- 68) Was der Hinweis auf RGZ 58, 54 zeigt.
- 69) BGH, NJW 1958, 1968.
- 70) Vgl. oben § 7 I 1.
- 71) BGH, NJW 1982, 1961.
- 72) BGH, NJW 1982, 1981 (1982); vgl. auch BGHZ 60, 102 (108).
- 73) KG, NJW 1983, 291.
- 74) KG, NJW 1983, 291; OLG Bamberg, NJW 1979, 2316. Die Entscheidungen lassen aber keine generelle Streitbeschränkungs Möglichkeit im Rechtsmittelverfahren erkennen. Vgl. weiter BGH, NJW 1984, 177; dazu genauer unten § 11 IV 1.
- 75) BGHZ 80, 153.
- 76) RGZ 84, 242 (253).

- 77) RG, JW 1911, 955 (956).
- 78) RG, Recht 1923, Nr. 626.
- 79) Palandt-Heinrichs, BGB, § 142, Anm. 2; RGZ 74, 3.
- 80) NJW 1983, 109.
- 81) Kritisch ArbG Regensburg, Urteile vom 22. Januar 1985, 6 Ca 3124/83 und 6 Ca 3125/83; Tiedtke, NJW 1983, 713.
- 81a) ArbG Regensburg, Urteile vom 22. Januar 1985, 6 Ca 3124/83 und 6 Ca 3125/83.
- 82) RG, JW 1897, 461.
- 83) RG, WarnJahrb 6 (1907), Nr. 545.
- 84) RGZ 4, 418 (422/23).
- 85) RG, WarnRspr 32 (1940), Nr. 37.
- 86) RGZ 85, 163 (167/68).
- 87) BGH, NJW 1984, 177; vgl. aber auch KG, NJW 1983, 291 und unten § 11 IV.
- 88) Vgl. unten § 13.
- 89) Anders bei prozessualen Einreden Wolf, Anerkenntnis, S. 75.
- 90) RGZ 42, 320 ff.
- 91) RGZ 42, 320 (322); vgl. auch Eccius, GruchBeitr 52 (1908), 810.
- 92) RGZ 67, 154.
- 93) RG, WarnRspr 28 (1936), Nr. 61.
- 94) Anders heute Wolf, Anerkenntnis, S. 17 ff.
- 95) RG, ZZP 55 (1930), 420 mit abl. Anm. Rosenberg, der eine Bindung an das Zugeständnis des Rechtsgrundes analog § 307 ZPO befürwortet. Dabei will er sich auf die Entscheidung RGZ 67, 154 ff. berufen; vgl. auch RG, JW 1901, 58.
- 95a) BGH, NJW 1962, 628.
- 96) NJW 1972, 1216.
- 97) Als Vorinstanz zu BGH, NJW 1962, 658.
- 98) MDR 1963, 603; ebenso OLG Koblenz, MDR 1956, 560; a. M. RG LZ 1907, 906; OLG Dresden, SächsAnn 22, 550.

- 99) OLG Koblenz, MDR 1956, 560.
- 100) Sächs Ann 23, 258.
- 101) Ebenso OLG Köln, JW 1929, 3258; LG Heidelberg, MDR 1965, 583.
- 102) MDR 1978, 583.
- 103) MDR 1957, 494; vgl. auch Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 60, 124 ff.
- 104) JZ 1976, 607 mit Anm. Mummenhoff.
- 105) BGH, JZ 1976, 607; insoweit zust. Mummenhoff. Ähnlich BAG, NJW 1972, 1216.
- 106) JW 1929, 3258.
- 107) JZ 1976, 607.
- 108) BGH, NJW 1958, 1968.
- 109) So aber Nikisch, ZPR, § 67 I 2.
- 110) BGH, NJW 1958, 1968.
- 111) Vgl. RGZ 32, 407 ff.; RCZ 35, 409 ff.; offenglasson RCZ 58, 54.
- 112) RCZ 32, 407.
- 113) RCZ 35, 409 (411).
- 114) ZPR, S. 67.
- 115) RGZ 42, 320 (322); RCZ 67, 154; vgl. auch Eccius, Gruch Beitr 52 (1908), 810.
- 116) RG, JW 1925. 765.
- 117) RGZ 58, 54.
- 118) RG, WarnJahrb 6 (1907), Nr. 545.
- 119) RGZ 58, 54.
- 120) RCZ 35, 409 (411); anders RGZ 32, 407.

II Der Meinungsstand in der Literatur

Wie schon die Rechtsprechung bietet auch die Literatur kein einheitliches Bild in der Beurteilung parteilicher Rechtsdispositionen. Zum großen Teil wird auch hier nach einfachen und schwierigen Rechtsfragen differenziert; nur bei ersteren soll eine Parteiabrede zulässig und bindend sein.¹ In den weiteren Einzelfällen herrscht jedoch großer Streit. So halten einige auch präjudizielle Rechtsverhältnisse für disponibel.² Als Grenze der Parteibefugnisse sieht man das dispositive Gesetzesrecht,³ den *ordre public*⁴ oder das Recht, dessen Einhaltung der Gesetzgeber aktiv überwacht,⁵ an. Andere halten Parteierklärungen betreffend die Auslegung von Willenserklärungen oder Verträgen für bindend.⁶ Ebenso wird die Frage der beschränkten Anerkennnisse unterschiedlich beurteilt.⁷

Die nachfolgende Übersicht kann nicht die Palette der vertretenen Meinungen in allen Nuancen wiedergeben. Lediglich eine Darstellung der wichtigsten Auffassungen in ihrer grundsätzlichen Argumentation kann versucht werden.

1. Grundsätzliche Ablehnung einer Richterbindung

a) Die ältere Literatur

Die ältere Auffassung⁸ begründet ihre Ablehnung jeglicher Richterbindung in Rechtsfragen vorwiegend mit dem Grundsatz "iura novit curia". Über Rechtsfragen "entscheidet er (sic.: der Richter) auf Grund seiner Rechts- und Gesetzeskenntnis, die er sich zu verschaffen hat".⁹ Es wird eine Gerichtssouveränität¹⁰ unterstellt, daß sich der Richter allein von der "Existenz und dem Inhalt" des Rechts zu überzeugen habe. Dieses wende er dann auf den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt an.¹¹

Die Vertreter dieser Auffassung sehen das so gewonnene Ergebnis als Konsequenz des Beweisrechts und der Beweisbedürftigkeit an. Nur Tatsachen seien dem Beweis zugänglich. Sie sind von den Parteien vorzutragen; von daher können die Parteien hierüber auch disponieren. Anderes müsse aber für Rechtsbegriffe, die Folgerungen aus dem Tatsachenvortrag sind, gelten. Diese unterstehen der alleinigen richterlichen Beurteilung.¹²

b) Die Auffassung Häsemeyers

Im Gegensatz zur vorgeschilderten Meinung lehnt Häsemeyer¹³ eine Argumentation aus dem Satz "iura novit curia" ausdrücklich ab.¹⁴ Nach seinem ursprünglichen Bedeutungsgehalt besage dieser Satz nur, daß die Parteien keinerlei Rechtskenntnisse zu haben brauchen. Der weitere Gedanke, die Parteien könnten keine bindenden rechtlichen Erklärungen abgeben, sei ihm nicht zu entnehmen.¹⁵

Gleichzeitig erteilt er einer weiteren Begründungsmöglichkeit eine Absage: Eindeutig zulässig wären Rechtsdispositionen der Parteien dann, wenn das Parteiverhalten solchenfalls rein innerprozessual bestimmt werden könnte. Dann wäre der Schluß von der Bindung eines Anerkenntnisses zur Bindung der Rechtsdisposition a maiore ad minus zwingend.¹⁶ Dieses Verständnis forderte aber einen rigorosen Prozeßzweck, der das Zivilverfahren allein als ein auf ein Urteil ausgerichtetes Verfahren umschriebe, ein Verständnis, das jedoch allgemein abgelehnt werde.¹⁷

Voraussetzung für die Bindung an rechtliche Parteidispositionen ist nach Häsemeyer¹⁸ die Kongruenz zwischen materieller und pro-

zessualer Parteifreiheit. Eine solche vermag er zwar in negativer, nicht aber in positiver Hinsicht festzustellen.¹⁹

Wenn man den Prozeßzweck in der Gewährung von Rechtsschutz oder der Rechtsbewährung sieht, müsse man von einer Zweckbezogenheit des Prozesses auch auf das materielle Recht ausgehen.²⁰ Von daher könne die Freiheit im Prozeß nicht über die Privatautonomie hinausreichen; beide müßten sich vielmehr decken. Eine solche Kongruenz bestehe aber nur insoweit, als den Parteien im Prozeß keine Befugnisse eingeräumt sind, die ihnen das materielle Recht versagt (z. B. in Statusverfahren).²¹ Hingegen müsse eine Kongruenz im positiven Sinn verneint werden. Im Gegensatz zu zulässigen prozeßbeendenden Dispositionen, wie dem Vergleich, bei dem materielles Recht mitentscheidend bleibt, erziele das Urteil nicht notwendig eine endgültige Befriedigung. Ein Streit über das Verhältnis und den Umfang seiner rechtskräftigen Feststellungen bleibe möglich.²²

Zudem bedeuteten Verfahrensdispositionen keine notwendige Ergänzung zur Privatautonomie. Sie überspielen lediglich die materiellen Nichtigkeitvorschriften. Ein nichtiger Vertrag ist zwar "erfüllbar". Doch handelt es sich hierbei nicht um die Erfüllung einer Schuld, sondern um eine unwiderrufliche Leistung auf eine Nichtschuld (§ 814 BGB).²³ Die Verfahrensdispositionen gewährten nicht dieselben Rechte, wie eine materielle Rechtsgestaltung (z. B. Anfechtung).²⁴ Dabei komme es auf keine Differenzierung zwischen zwingendem und dispositivem materiellen Recht an. In jedem Fall bedeute die Verfahrensdisposition nicht "die Verkürzung eines überflüssigen materiellrechtlichen Umweges",²⁵ sondern den womöglich schwerwiegenden Verzicht auf Sicherungen des materiellen Rechts".²⁶

c) Differenzierung nach einfachen und schwierigen Rechtsfragen.

Von dritter Seite wird ein Regel - Ausnahme - Verhältnis aufgestellt. Grundsätzlich habe das Gericht die alleinige Entscheidungsbefugnis über Rechtsfragen; eine Bindung an den Parteivor-

trag bestehe insoweit nicht. In Fällen einfacher Rechtsfragen und -begriffe sei aber eine Ausnahme von diesem Grundsatz anzuerkennen.²⁷ Zum Teil wird diese Auffassung sogar nicht einmal mehr als Ausnahme empfunden. So verneinen z. B. Thomas-Putzo²⁸ jeglichen Parteieinfluß außerhalb der Stoffsammlung, lassen die erwähnten Ausnahmen an anderer Stelle jedoch unproblematisch zu.²⁹

Der überwiegende Teil der Aussagen in der Literatur stellt nicht in Abrede, daß einfache Rechtsbegriffe keine Tatsachen sind.³⁰ Das vertretene Ergebnis begründet man vielmehr mit der Erwägung, die einfachen Rechtsbegriffe bezeichneten eine Tatsachenmehrheit.³¹ Die zugrundeliegenden Tatsachen würden mit dem Zugestehen eines solchen Rechtsbegriffs gleichzeitig zugestanden. Man verlagert somit - wie schon die Rechtsprechung - das Problem ins Tatsächliche vor.³² Der Blick richtet sich vom Rechtsbegriff auf dessen tatsächliche Grundlagen. Über diese, nicht über das Recht wird letztendlich disponiert; ihrer ausdrücklichen Erwähnung bedarf es nicht, da dies eine unnatürliche Aufspaltung des allgemeinverständlichen Begriffes bedeuten würde.

Doch auch die Literaturauffassung beantwortet die Frage der Grenzziehung nicht. Was zu den einfachen Rechtsbegriffen zählt, wird nicht allgemeingültig, sondern nur einzelfallbezogen erörtert.

d) Grundsätzliche Ablehnung einer Richterbindung mit Ausnahme einfacher Rechtsbegriffe und präjudizieller Rechtsverhältnisse

Über die der unter c) geschilderten Auffassung sollen einer verbreiteten Ansicht zufolge weiterhin Dispositionen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse bindend sein.³³ Hierunter sind, in Erweiterung der oben c) genannten Rechtsbegriffe, Rechtsverhältnisse zu verstehen, die als Vorfrage der Entscheidung über den Klageantrag mit entschieden werden müssen. Sie betreffen nicht den Inhalt des Klageanspruchs unmittelbar; von ihrer Beantwortung hängt aber dessen weitere Behandlung ab.

In der Begründung dieser Auffassung hebt man zumeist auf § 256 II ZPO ab. Über Präjudizien kann ohne weiteres in einem Zwischenstreit verhandelt werden. In diesem Rahmen kann der Beklagte auch anerkennen. Die so erreichbare Folge dürfe aber auch ohne besonderes Zwischenverfahren nicht ausgeschlossen sein.³⁴

Diese Aussage darf nicht dahingehend verstanden werden, daß hier eine einheitliche Lösung von allen Autoren vertreten wird. Vielmehr sind drei, vor allem in der Grenzziehung unterschiedliche Begründungen zu unterscheiden.

(1) Die Auffassung Baumgärtels

Baumgärtel will Dispositionen in dem Umfang zulassen, wie die materielle Verfügungsfreiheit reicht.³⁵ Aus dem Prozeßzweck, Gestaltung eines Weges zur Rechtsdurchsetzung,³⁶ schließt er, daß die Rechtsschutzmöglichkeit die Parteien nicht weiter einschränken darf, als es durch das materielle Recht ohnehin der Fall ist.

Darüber hinaus sei aber eine Verfügungsfreiheit der Parteien im Prozeß zu verneinen, soweit zwingendes materielles Recht betroffen ist. Widrigenfalls bleibe dem Richter die Grenzziehung überlassen. Darin sieht Baumgärtel eine Erschwerung zur Abschätzung des Prozeßrisikos. Zudem würde der sekundäre Prozeßzweck der Rechtsbewährung durch die Umgehung zwingender Normen vereitelt.³⁷

(2) Dispositionen nur über einfache präjudizielle Rechtsfragen

Eine engere Auffassung läßt Dispositionen nicht im gesamten Bereich des disponiblen materiellen Rechts zu, sondern nur insoweit, als einfache Rechtsfragen betroffen sind.³⁸ Es wird auch hier die von der Rechtsprechung getroffene Unterscheidung nachvollzogen.

Ist man bereit, die getroffene Unterscheidung in einfache und schwierige Rechtsverhältnisse zu übernehmen, ist diese Auffassung konsequent. Einfache Rechtsbegriffe können nicht anders behandelt

werden, nur weil sie präjudiziell sind. Die Präjudizienbindung sagt in diesem Rahmen nichts neues aus.

(3) Die ältere Auffassung Lents und Heglers

Die Besonderheit dieser Meinung liegt darin, daß Präjudizien "zugestanden" werden können. Aus dem Gesamtzusammenhang der ZPO und deren leitenden Grundgedanken, betreffend die Prüfungspflicht und den Prüfungsausschluß des Gerichts, wird auf die Möglichkeit der Präjudiziendisposition geschlossen.^{39, 40} Verstehe man das Anerkenntnis richtig, könne es nicht unbeachtlich sein, wenn ein Teil des geltend gemachten Anspruchs, ein Tatbestandsstück, zugegeben wird.⁴¹

Aus Anerkenntnis und Verzicht folge: Kann mit diesen Prozeßhandlungen die richterliche Prüfung insgesamt aufgeschlossen werden, muß dies erst recht für einzelne Stücke gelten.⁴² Andernfalls würden unmögliche Ergebnisse erzielt.⁴³ Verlangt man eine Aufspaltung der Präjudizien in die Tatsachengrundlage, müßte man eine Klage trotz zugestanderener Präjudizien unter Umständen noch als unschlüssig abweisen.⁴⁴ Dies könne aber schon deshalb nicht richtig sein, da vom Anerkenntnis zum Geständnis nur ein minimaler Schritt sei.⁴⁵

Der Gegenmeinung konzedieren sie, daß die Parteien das Gericht nicht in Rechtsfragen binden können, deren Tragweite sie nicht übersehen.⁴⁶ Korrektiv hierfür sei aber nicht das Verbot jeglicher Rechtsdisposition, sondern das richterliche Fragerecht.⁴⁷ Hegler⁴⁸ wirft der Gegenansicht vor, die Rechtsnatur von Anerkenntnis und Geständnis zu verkennen. Ersteres werde zu Unrecht als materielles Rechtsgeschäft, als ein rechtsproduktiver "Akt, ganz heterogener Art gegenüber dem Geständnis" angesehen. Auch gehe die Charakterisierung der Geständnisse als Beweisverzicht, der nur bei natürlichen Tatsachen möglich ist, fehl. Vielmehr sprächen - so Lent⁴⁹ - auch praktischen Erwägungen für die Zulas-

sung von Rechtsdispositionen. Der Umweg über tatsächliche Abreden wird vermieden, der Rechtsstreit verkürzt.

Hegler⁵⁰ begrenzt die Bindung nach geständnisfähigen und nicht geständnisfähigen Präjudizien. Er grenzt zwischen Rechtsfolgen und bloßen Rechtstatsachen ab. Unter den letzteren versteht er nur "Tatsachen, Zustände und Vorgänge der realen Welt" (z. B. Kaufabschluß, Darlehenshingabe). Solche juristisch bezeichneten Tatsachen könnten nicht bindend anerkannt werden. Sie entbehrten einer konkreten Schilderung der tatsächlichen Vorgänge und Voraussetzungen; ihre rechtliche Ausfüllung steht absolut fest. Daher komme deren Zugestehen nur im Tatsächlichen in Betracht.⁵¹

Diese Auffassung bleibt den Beweis der Ähnlichkeit von Anerkenntnis und Geständnis schuldig. Den von ihr aufgestellten Behauptungen widerspricht aber auch, daß Rechtsbegriffe zugestanden werden können. Trotz einer Ähnlichkeit von Anerkenntnis und Geständnis vermag diese Differenzierung nicht zu überzeugen. Als erstaunlich muß darüberhinaus der Einwand bezeichnet werden, daß die richterliche Aufklärung⁵² Klarheit schaffen könne, was die Parteien rechtlich außer Streit stellen wollen.⁵³ § 139 ZPO erfaßt nur die tatsächliche Seite des Prozesses.

2. Weitergehende Dispositionsmöglichkeiten (grundsätzliche Anerkennung rechtlicher Parteiabreden)

Die nachfolgend dargestellten Autoren gehen nun bereits von einer grundsätzlichen Anerkennung der parteilichen Rechtsdispositionen aus. Der Unterschied der einzelnen Auffassung beruht zumeist nur auf einer verschiedenen Grenzziehung.⁵⁴ Bedauerlicherweise fehlen in einigen Fällen nähere Begründungen für das gewonnene Ergebnis.⁵⁵

Im folgenden seien die wichtigsten Auffassungen dargestellt. Das Hauptgewicht hierbei wird auf der jeweiligen Begründung der Grenzziehung liegen.

a) Die Auffassung Schlossers

Im Ausgangspunkt folgt Schlosser⁵⁶ der Meinung Baumgärtels,⁵⁷ wenn er Rechtsdispositionen der Parteien nur im Rahmen der materiell dispositiven Gesetzesrechte zulassen will. Auch er hält die Verweisung auf die Tatsachendisposition für einen unnötigen Umweg.

Die weitere Grenzziehung Schlossers zeigt aber dann den Unterschied zu Baumgärtels Auffassung. Deutlich wird dies in den von ihm aufgeführten Beispielen.⁵⁸ Nach seiner Meinung ist eine Begrenzung der Würdigung des Scheidungsgrundes auf einzelne Vorschriften (damals §§ 43, 48 EheG) zulässig. Zudem soll auch der Minderjährigenschutz disponibel sein. Ein Volljähriggewordener kann nach Schlosser das Gericht anweisen, den von ihm als Minderjährigen geschlossenen Vertrag ohne Berücksichtigung der Minderjährigkeit zu würdigen. Er ist nicht auf § 108 III BGB angewiesen.⁵⁹

Baurs Kritik,⁶⁰ Schlosser habe damit die von ihm selbst gesteckte Grenze überschritten, ist, soweit der zweite Beispielsfall betroffen ist, zu weitgehend. § 108 III BGB zeigt gerade, daß die Minderjährigkeitsvorschriften in gewissem Rahmen abdingbar sind. Dabei kann es zunächst keine Rolle spielen, ob der Volljähriggewordene sich auf die Vorschrift des § 108 III BGB beruft oder nicht. Anderes muß aber im ersten Beispielsfall gelten. Schlossers Hinweis, die Abdingbarkeit hierbei ergebe sich aus der Verzeihungsmöglichkeit⁶¹ (§ 49 EheG a. F.) geht fehl. Die Verzeihung führte nur zu einem Ausschluß der Verschuldensscheidung, nicht aber zur Dispositionsmöglichkeit über die Scheidungsnorm.

Als Begründung seiner Auffassung beruft sich Schlosser des weiteren auf einen Satz Peter Schneiders,⁶² "in dubio pro libertate".⁶³ Parteifreiheit bedeute Rechtsgestaltungsfreiheit auf materieller und prozessualer Ebene. In dieser Auffassung sieht

sich Schlosser zudem von zwei Entscheidungen des RG's bestätigt: Im ersten Fall⁶⁴ wird ausgeführt, das Gericht dürfe sich nicht dergestalt über den "prozessualen Standpunkt der Parteien" hinwegsetzen, daß es im Gegensatz zu ihnen eine vertragliche Bindung verneint. Später entschied das RG,⁶⁵ daß nicht Erfüllung zugesprochen werden darf, wenn Schadenersatz begehrt wird. Schlosser glaubt, darin habe das RG die Beachtlichkeit des Parteiwillens im Prozeß anerkannt. Wenn in anderen Entscheidungen⁶⁶ rechtliche Schlußfolgerungen vom Gericht gezogen wurden, bedeute dies noch nicht, daß dieses gerichtliche Vorgehen dem Parteiwillen widersprach.

Die Berufung auf RGZ 154, 63 ff. muß einigermaßen verwundern. Die dort getroffene Aussage ist eine Folge von § 253 II Nr. 2 ZPO und dem Streitgegenstandsbegriff.⁶⁷ Eine Anerkennung des Parteiwillens ist ihr nicht zu entnehmen. Zum Ausdruck kommt vielmehr nur, was bereits mit der Dispositionsmaxime ausgesagt wird: die Parteien können den Umfang des Prozesses bestimmen (Streitgegenstand).

Dabei wird nicht verkannt, daß nach einem richterlichen Hinweis gegebenenfalls eine Klageänderung bzw. Umstellung der Anträge gem. § 264 Nr. 1 - 3 ZPO erfolgen kann. Dies ist aber keine zwingende Folge. Insbesondere muß auch nicht jede Klageänderung zugelassen werden, sofern die Gegenpartei nicht zustimmt.

Die Entscheidung des RG, JW 1925, 765, ist vereinzelt geblieben. Aus ihr ist schwerlich die Anerkennung eines beachtlichen Parteiwillens im Prozeß auch in rechtlichen Fragen allgemeingültig abzuleiten.

b) Die Auffassung Baur

Für die Zulassung einer weiten Dispositionsmöglichkeit der Parteien in Rechtsfragen hat sich auch Baur⁶⁸ ausgesprochen. Er bezeichnet die Vorstellung, daß allein der Richter die Rechtslage zu erforschen hat, als verfehlt.⁶⁹ Dies zeige sich schon in der

Existenz von Anerkenntnis-, Verzichts- und Vergleichsmöglichkeiten. Hieraus sei zu schließen, das Gericht habe die Rechtslage nur in den von den Parteien gezogenen Grenzen zu erforschen, was die Möglichkeit zu Rechtsdispositionen einschließe.

Die Grenzziehung Schlossers⁷⁰ hält Baur nicht für justiziabel. Der Formel "in dubio pro libertate" könnten keine allgemeingültigen positiven Aussagen entnommen werden. Zur eigenen Grenzziehung greift Baur auf die Ursachen der Rechtsdispositionen zurück:⁷¹

- Erst im Prozeß wird klar, ob die gesetzgeberischen Erwägungen zur Ausgestaltung des zwingenden Rechts zutreffen.
- Durch die Festlegung materieller Rechtskraft in sachlicher und persönlicher Hinsicht kann erst ermittelt werden, inwieweit eine Bindung an zwingende Vorschriften strikt zu befolgen ist.

Bsp.:⁷² Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadenersatz wegen eines Verstoßes gegen § 1233 BGB. Er hatte dem Beklagten eine Schreibmaschine verpfändet. Dieser überließ sie ihm später wieder "bis auf weiteres". Als der Kläger nicht zahlen wollte, holte der Beklagte die Schreibmaschine heimlich zurück und verkaufte sie freihändig. Trotz der zwingenden⁷³ Vorschrift des § 1253 I BGB gehen die Parteien im Prozeß aber übereinstimmend von einem bestehenden Pfandrecht des Beklagten aus.

Die Vorschrift des § 1253 I 1 BGB schützt die Publizität des Pfandrechts; die Interessen anderer Gläubiger des Verpfänders gilt es zu wahren. Diese sollen nicht weiter zu Krediten in Unkenntnis bzw. Verschleierung der wahren Haftungsgrundlage veranlaßt werden. Baur⁷⁴ meint nun, diese gesetzgeberische Intention sagen nichts für den vorliegenden Parteistreit aus. Weder nütze, noch schade es den weiteren Gläubigern des Klägers, wenn das Gericht das Bestehen des Pfandrechts als Vorfrage prüft. Diese stünden nicht besser oder schlechter, wenn sie den Rückgabeanpruch gegen den Beklagten oder den "Pfanderwerber" pfändeten und sich zur Einziehung überweisen ließen.

Entgegen Schlosser läßt Baur Dispositionen über zwingendes materielles Recht bereits vom Ausgangspunkt her zu. Die Grenze zieht er dort, wo dem Richter eine Bindung an den Parteivortrag nicht mehr zumutbar ist.⁷⁵ Dies sei dann der Fall, wenn der ordre public⁷⁶ (Art. 30 EGBGB) verletzt wird. Solchenfalls seien

die Dispositionen unbeachtlich. Anders ausgedrückt: Solange der sachliche und persönliche Umfang der Rechtskraft gesetzgeberische Intentionen, die zwingenden Normen zugrundeliegen, nicht beeinträchtigt, sind Rechtsdispositionen zulässig.⁷⁷

Bedenken gegen Baurs Auffassung bestehen, weil er einen Begriff aus dem internationalen Privatrecht unbedenklich in das deutsche Zivilverfahrensrecht übernimmt. Der "ordre public" kennzeichnet die Anwendung ausländischen Rechts; er sagt primär nichts über die Frage der Anwendungen deutscher Gesetzesbestimmungen aus. Seine Heranziehung ist daher nicht zweifelsfrei.

Des weiteren ersetzt Baur eine Auslegungsregel mit einer anderen. Larenz ist beizupflichten, wenn er meint, man könne sich den ordre public nur schwer als "einen ethisch neutralen Begriff" vorstellen.⁷⁸ Deutlicher wird dies schon in einem unterschiedlichen Verständnis, wenn er einmal nur als "öffentliche Ordnung"⁷⁹ ein andermal als "Ordnung in der gegebenen Gesellschaft"⁸⁰ betrachtet wird.

c) Die Auffassung von Wolf⁸¹ und Arens⁸²

Beide Autoren unterscheiden sich nur in der Begründung, nicht aber in der Grenzziehung von Baurs Meinung. Sie sehen die Grundlage für Verfahrensdispositionen in einer Wechselwirkung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht. Die Privatautonomie beeinflusse auch das Zivilverfahren, dem ohnehin nur dienende Funktion zukommt.

Ausgangspunkt ist für Wolf die Annahme, § 307 ZPO stelle nur eine Teilregelung des Anerkenntnisses dar. Darüber hinaus seien weitere Anerkenntnisse denkbar, die den Prozeß nicht unmittelbar beenden. Zu deren Feststellung sei eine Rückbesinnung auf die parteilichen Einwirkungsrechte vonnöten.⁸³ Hierfür stellt er zwei Prämissen auf:

- Anerkenntnis und Geständnis unterscheiden sich nur graduell, sind aber im Ergebnis gleichzubehandeln. Weiterreichende Folgen des Anerkenntnisses ergeben sich nur wegen des verschiedenen Gegenstandes.⁸⁴
- Ein Anerkenntnis lebt allein von seiner Bindungswirkung,⁸⁵ unabhängig von einer etwaigen Prozeßbeendigung. Diese Bindung resultiert aus der Herrschaft des einzelnen über seine materiellen Rechte; ein Anerkenntnis ist von daher notwendig auf den materiellen Anspruch oder einen Teil davon bezogen.

Die Gleichsetzung von Anerkenntnis und Geständnis führt nach Wolf dazu, daß es für das Anerkenntnis keine Rolle mehr spielt, ob der gesamte gegnerische Anspruch oder nur ein Teil davon anerkannt wird.⁸⁶ Das Anerkennen einer Teilrechtsfolge trage vielmehr praktischen Bedürfnissen Rechnung; es müsse aus Gründen der Prozeß-ökonomie zugelassen werden.⁸⁷

Die Grenze parteilicher Rechtsdispositionen ziehen die Autoren mit dem öffentlichen Interesse an einem bestimmten Gegenstand. Wo ein solches an der Einhaltung materieller Normen bestehe, müßten die Parteiinteressen zurückweichen.⁸⁸

Die vorstehende Auffassung bleibt den Beweis ihrer Prämissen schuldig. Auch hier wird die lediglich graduelle Unterscheidung von Anerkenntnis und Geständnis nicht näher ausgeführt. Zeigen nicht vielmehr der verschiedene Gegenstand der Prozeßhandlungen und die weitreichenderen Folgen des Anerkenntnisses gerade deren Ungleichheit auf? Auch der Umstand, § 307 ZPO enthalte nur eine Teilregelung der Anerkenntnisse, bleibt eine bloße Behauptung. Doch auch, wenn man diese als richtig unterstellt, ist dies noch kein zwingendes Argument für die vertretene Auffassung. Damit kann nicht belegt werden, daß der Gesetzgeber über die statuierte Regelung hinaus eine Richterbindung anerkennen wollte. Sein Schweigen spricht eher dagegen. Abgesehen von weiteren Bedenken, z. B. gegen eine in den Prozeß fortgesetzte Privatautonomie und die Beziehung des Anerkenntnisses auf den materiellen Anspruch,⁸⁹ wird

überwiegend mit wenig aussagekräftigen Begriffen wie Prozeßökonomie und öffentlichem Interesse gearbeitet. Eine inhaltliche Ausfüllung erwartet man vergeblich.

d) Die Auffassung Henckels

Einen Schritt weiter als die bislang dargestellten Meinungen geht Henckel.⁹¹ In der Begründung von Parteidispositionen besteht zwar nur dem Wortlaut nach eine unterschiedliche Begründung; hingegen versucht er eine völlig neue Grenzziehung.

Die Zulässigkeit rechtlicher Parteidispositionen findet nach Henckel in der Existenz von Anerkenntnis, Verzicht, Versäumnisurteil und Vergleich ihren Ausdruck. Sie sei aber erst dort eingeschränkt, wo den Parteien die Verfügungsbefugnis ganz entzogen ist (z. B. in Statussachen). Hier gehe das öffentliche Interesse vor.⁹¹

Henckel setzt diese prozessuale Parteifreiheit nicht mit der materiellen Verfügungsbefugnis gleich. Eine solche Gleichstellung verbiete sich, da der nicht Verfügungsbefugte entweder vom Prozeß ausgeschlossen sei oder die Urteilswirkungen sich ohnehin auf die Parteien beschränkten.⁹² Schwierigkeiten ergäben sich nur ausnahmsweise, wenn vom Urteil auch Dritte betroffen werden.

In diesem Zusammenhang verweist Henckel⁹³ auf den Fall einer Erbunwürdigkeitserklärung. Die Entziehung der Erbenstellung wirkt auch gegenüber den Nachlaßgläubigern. Diese können an den vermeintlichen Erben keinerlei Ansprüche mehr stellen.

Als Lösung bietet Henckel hier nicht - wie verschiedentlich vertreten⁹⁴ - eine relative Rechtskraftwirkung von Gestaltungsurteilen an. Den Drittgläubigern könne über § 826 BGB geholfen werden.⁹⁵

Für den Umfang von Parteidispositionen folgert er, es habe keinen Sinn, Anerkenntnis und Verzicht auf die materielle Verfügungsfreiheit zu beschränken, aber darüberhinaus Dispositionen durch Versäumnisurteil zuzulassen. Damit verkenne man, daß das materiel-

le Recht die Rechtsdurchsetzung freistellt. So sei z. B. auch ein sittenwidriger Vertrag "erfüllbar".⁹⁶ §§ 814, 817 S. 2 BGB verlangten nicht die Unwirksamkeit von Verpflichtung und Verfügung eo ipso. Eine Grenze sei erst dort zu ziehen, wo der Staat die Durchsetzung materiellen Rechts im öffentlichen Interesse verlangt. Solche, jegliche Parteifreiheit ausschließenden Vorschriften fänden sich lediglich in §§ 25 HAG; 14, 15 MindArbbG; 23 GüKG.^{97, 98}

Damit knüpft Henckel an Pawlowskis⁹⁹ Nichtigkeitsbegriff an, der zwischen Amts- und Parteiniichtigkeit unterscheidet. Bei ersterer setzt der Staat das materielle Recht mit öffentlichen Sanktionen durch. Bei Parteiniichtigkeit liegt es in der Hand des einzelnen sich auf diese zu berufen, diese geltend zu machen.

Henckels Auffassung hat zu Recht Widerspruch erfahren.¹⁰⁰ Eine Begrenzung der Parteifreiheit durch gesetzliche Vollzugshindernisse ist nicht zu rechtfertigen. Denn es bedeutet einen Unterschied, ob der Staat der "Erfüllung" sittenwidriger Verpflichtungen lediglich passiv gegenübersteht oder aktiv an der "Erfüllung mitwirkt."¹⁰¹ Bloße Passivität besagt noch nicht, daß der Staat zur Legalisierung des Verhaltens bereit ist. § 817 BGB spricht eher für das Gegenteil.¹⁰²

3. Dispositionen bei Auslegung von Gesetzen und Willenserklärungen

Die Frage der Auslegung von Willenserklärungen - mit Ausnahme von Testamenten - und Rechtsvorschriften wird überwiegend¹⁰³ als richterliche Domäne angesehen. Parteierklärungen könnten die Subsumtionsbefugnis des Gerichts nicht ausschließen. Hätte der Richter hierbei ein bestimmtes Verständnis der Parteien zugrundelegen, wäre dies mit seiner Stellung und seiner Unabhängigkeit unvereinbar.¹⁰⁴

Gegenteiliger Ansicht sind - soweit ersichtlich - nur Grunsky¹⁰⁵ und Würthwein;¹⁰⁶ beide differieren jedoch im Umfang der Dispositionsbefugnis.

a) Die Auffassung Grunskys

Grunsky geht von der im Prozeß fortgesetzten Privatautonomie aus. Wenn diese den Parteien eine Verfügung gestattet, könne es keinen Unterschied machen, ob auf materiellem oder prozessualem Weg disponiert wird.¹⁰⁷ Die Einreden im materiellen Sinn (z. B. Verjährungseinrede) belegten eine auch im Prozeß bestehende Verfügungsfreiheit.¹⁰⁸

Damit kommt Grunsky, wie schon Baumgärtel,¹⁰⁹ zu einer Befugnis für Verfahrensdispositionen im Rahmen der Privatautonomie.¹¹⁰ Doch bleibt er dabei nicht stehen. Aus Dispositions- und Verhandlungsmaxime folgert er weiter, daß den Parteien auch die Befugnis zustehen muß, das Gericht hinsichtlich erwünschter rechtlicher Beurteilung zu binden.¹¹¹

Auch hier gelten die erwähnten¹¹² Bedenken gegen eine Ableitung der Verfügungsfreiheit im Prozeß aus der Privatautonomie. Zudem ist anzumerken, daß die angeführten Prozeßgrundsätze ex definitione¹¹³ nichts zur Begründung von Rechtsabreden hergeben. Im übrigen wird bei der Verjährungseinrede verkannt, daß diese eine materielle Disposition betrifft, die die Klagbarkeit eines Anspruchs wegen des Leistungsverweigerungsrechts ausschließt.

b) Die Auffassung Würthweins

Im Gegensatz zu Grunsky lehnt Würthwein¹¹⁴ eine Argumentation aus der Privatautonomie ausdrücklich ab. Gleichwohl kommt er zur Bejahung der rechtlichen Verfahrensdisposition; diese resultiere aus der tatsächlichen Parteifreiheit.¹¹⁵

Die tatsächliche Parteifreiheit setzt Würthwein¹¹⁶ mit der rein faktischen Möglichkeit über seine Rechte zu verfügen gleich. Die Parteien können nicht nur entscheiden, ob sie streiten wollen, sondern auch, wie der Streit durchgeführt wird. Der Parteiwille

müsse sich dem Recht nicht unterordnen, solange an der Rechtsdurchsetzung - wie im Zivilprozeß - kein öffentliches Interesse besteht.¹¹⁷ Dieser diene allein der Lösung bestehender Konflikte. Deren "Lösung und wahre Befriedigung"¹¹⁸ sei aber nur mit dem abgeführten Verständnis zu erreichen. Die gegenteilige Ansicht führte zu einem Rückfall in die Selbsthilfe.

Zur weiteren Stützung seiner Auffassung verweist Würthwein darauf, daß das Gerichtsverfahren keine Gewähr für ein richtiges Urteil biete. Im übrigen könnten die Parteien auch vernünftige Gründe zur rechtlichen Streitbeschränkung haben.

Die Grenze für solche Verfahrensdispositionen zieht Würthwein¹¹⁹ nicht einheitlich. Einmal nennt er die Normen, deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liegt, als von der Verfügungsbefugnis ausgenommen. Insoweit deckt sich dieses Verständnis mit Häsemeyers "negativer Kongruenz".¹²⁰ Des weiteren sieht er die unverzichtbaren Vorschriften, die zu einer Amtsprüfung durch das Gericht verpflichten, als nicht disponibel. Als dritte Grenze, gedacht als Trennlinie zu den Scheinprozessen, führt er das Rechtsschutzbedürfnis an.

Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, daß auch hier ein Ableitungszusammenhang zwischen tatsächlicher Parteifreiheit und prozessualer Dispositionsbefugnis fehlt. Die Möglichkeit, über das "Ob" eines Prozesses zu bestimmen, belegt nicht, daß auch dessen Inhalt, das "Wie" in den Händen der Parteien liegt. Mit dieser Behauptung wird zu sehr außer Acht gelassen, daß mit dem Zivilprozeß ein staatliches Verfahren zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gestellt wird. Gleiches gilt für den schon radikal zu nennenden Prozeßzweck Würthweins. Gewiß, mit der Verfahrensdurchführung soll auch ein bestehender Konflikt gelöst werden. Die Konfliktlösung muß aber nicht um jeden Preis durchgeführt werden, sondern mit den Mitteln der staatlichen Gesetze. Dies bedingt schon deren weitgehende Unantastbarkeit durch die Parteien.

4. Sonderproblem: Beschränkte Anerkenntnisse

Die Beurteilung dieses Fragenkreises in der Literatur reicht von weitgehender Anerkennung bis zur Ablehnung einer Bindungswirkung an beschränkte Anerkenntnisse. Die herrschende Auffassung¹²¹ behandelt sie als unbeachtlich.

Insgesamt gesehen wird der Problematik beschränkter Anerkenntnisse zumeist nur an Hand einiger Einzelfälle und nicht im Gesamtzusammenhang betrachtet. So fehlen zu einigen Diskussionspunkten Äußerungen auch von den Autoren, die eine Bindung an beschränkte Anerkenntnisse bejahen. Es ist hier nicht der Ort, um auf alle Verästelungen einzugehen. Eine Stellungnahme zu den wesentlichen Einzelproblemen soll erst später erfolgen.¹²² An dieser Stelle sei lediglich auf die Zusammenstellung - in Ergänzung des Vorstehenden - bei Schilken¹²³ hingewiesen.

Im wesentlichen lassen sich drei Meinungen unterscheiden:

a) Ablehnung einer Bindung

Thomas-Putzo¹²⁴ und Nikisch¹²⁵ halten beschränkte Anerkenntnisse schlechthin für unbeachtlich. Ein Anerkenntnis beziehe sich auf den prozessualen Anspruch;¹²⁶ dies bedeute, der Beklagte muß sich dem Klageantrag - unabhängig vom Streitgegenstandsbegriff - vollständig unterwerfen. Ein bindendes Anerkenntnis müsse frei sein von materiellen Einwendungen, um so unmittelbar ein Anerkenntnisurteil zu ermöglichen.

Noch weiter geht eine ältere Lehre,¹²⁷ die auch die Sachurteilsvoraussetzungen zum prozessualen Anspruch¹²⁸ rechnet. Demzufolge lehnt sie eine Bindungswirkung auch bei prozessualen Einwendungen ab.

b) Annahme einer Bindung

Vorwiegend Wolf,¹²⁹ aber auch Rosenberg-Schwab¹³⁰ vertreten die

Auffassung, beschränkten Anerkenntnissen komme eine Bindungswirkung zu. Unterschiedlich wird bei beiden jedoch der Rechtsgrund der Bindung beurteilt.

Wolf nimmt eine über § 307 ZPO hinausgehenden Anerkenntnisbegriff an. Es sei für die Bindung des Gerichts an ein Anerkenntnis nicht vorauszusetzen, daß daraufhin ein Urteil ergehen kann. Das Anerkenntnis beziehe sich vielmehr auf den materiellen Anspruch¹³¹ und beende den Prozeß daher von selbst.¹³² Davon ausgehend differenziert er zwischen prozessualen und materiellen Einwendungen. Bei ersteren sei § 307 ZPO direkt, bei letzteren analog anzuwenden.¹³³

Rosenberg-Schwab bejahen wie Wolf die Bindung an ein beschränktes Anerkenntnis dann, wenn prozessuale Einwendungen vorgebracht werden.¹³⁴ In allen Fällen soll jedoch § 307 ZPO lediglich entsprechende Anwendung finden. Der Richter hat die zugestandene Rechtsfolge dem Urteil bindend zugrunde zu legen.¹³⁵ Erst bei Umstellung des Klageantrags (§ 264 Nr. 2 ZPO) soll § 307 ZPO unmittelbar angewandt werden können.

c) Vermittelnde Auffassung

Ähnlich der vom RG¹³⁶ vertretenen Meinung wird z. T.¹³⁷ in einem beschränkten Anerkenntnis ein Geständnis gesehen, wenn die zugrundeliegenden Tatsachen vorgetragen sind und nicht angegriffen werden.

Darüber hinaus greifen Hartmann¹³⁸ und Zeiss¹³⁹ die Anregung von Rosenberg-Schwab¹⁴⁰ auf, wollen dem beschränkten Anerkenntnis zu voller Wirksamkeit verhelfen, sofern der Kläger seinen Antrag anpaßt.

Bsp.: Der Kläger verlangt die Herausgabe eines PKW. Der Beklagte erkennt unter Vorbehalt, nur Zug um Zug gegen die Zahlung eines Restkaufpreises in Höhe von DM ... dazu verpflichtet zu

sein, an. Verlangt der Kläger nunmehr nur Herausgabe gegen Zahlung des Restkaufpreises Zug um Zug, kann - auf Antrag - ein Anerkennnisurteil ergehen.

Anmerkungen:

- 1) Statt aller Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1.
- 2) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II; Zöllner-Stephan, ZPO, § 288, Rdnr. 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1; Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 ff.; Brehm, S. 98; Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.
- 3) So z. B. Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (135).
- 4) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 ff.
- 5) Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.
- 6) Dazu unten § 9 II 3; so Grunsky, Grundlagen, § 3 II 3, § 20 I; ders., ZZP 88 (1975), 49 (61) mit Fn. 43; Würthwein, S. 61 ff.
- 7) Dazu unten § 9 II 4.
- 8) H. Bayer, S. 63, 97 ff.; Hellwig, System I, § 142 III, S. 418 ff.; Lent, ZZP 63 (1943), 3 (7); Schultzenstein, ZZP 43 (1913), 301 (311); vgl. auch Brüggemann, Index statutor, S. 114 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 294.
- 9) Larenz, Methodenlehre, S. 294.
- 10) Hellwig, System I, § 142 III, S. 418.
- 11) Lent, ZZP 63 (1943), 3 (7); Schultzenstein, ZZP 43 (1913), 301 (311).
- 12) Larenz, Methodenlehre, S. 294.
- 13) ZZP 85 (1972), 207. Ähnlich Blomeyer, ZPR, § 14 II 4.
- 14) ZZP 85 (1972), 207 (209); ebenso Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (3).
- 15) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (3); Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (209).
- 16) Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (210).

- 17) A. M. Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969); wie Häsemeyer auch Henckel, Prozeßrecht, S. 1,48 ff.; Jauernig, Jus 1971, 329 ff.
- 18) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (217).
- 19) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (213 ff., 218 ff.).
- 20) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (210 ff.); vgl. zum Prozeßzweck oben § 6 IV .
- 21) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (217); vgl. auch Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. III 2.
- 22) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (213 ff.).
- 23) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (218 ff.).
- 24) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (220).
- 25) So Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (6); Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 34; Wolf, Anerkenntnis S. 65.
- 26) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (220) unter Ablehnung von Arens Argument, materielle Vereinbarungen bedingten eine Klageänderung (Willensmängel, S. 208).
- 27) Bruns, ZPR, § 29, Rdnr. 156 a; ders. in: Annales universitatis saraviensis, Bd. II, S. 240; Jauernig, ZPR, § 44 I; bereits früher Lent, ZPR, § 44 I; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (18).
- 28) Thomas-Putzo, ZPO, Einl. I 1 a cc.
- 29) Thomas-Putzo, ZPO, § 288, Anm. 1.
- 30) Bruns, ZPR, § 29, Rdnr. 156 a; Jauernig, ZPR, § 49 VI, § 25 VII 4; Nikisch, ZPR, 67 I 2; vgl. auch Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1.
- 31) Bruns, ZPR, § 29, Rdnr. 156 a. .
- 32) Bruns, ZPR, § 29, Rdnr. 156 a; Jauernig, ZPR, § 44 I.
- 33) Vgl. nur Stein-Jonas-Schumann Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II; Zöller-Stephan, ZPO, § 128, Rdnr. 2; Zöller-Vollkommer, ZPO, Vorb §§ 306, 307, Rdnr. 2; Nikisch, ZPR, § 67 I 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1; Baumgärtel, Z郑 87 (1974), 121 (134 ff.); Brehm, S. 98; Grunsky, Grundlagen, § 3 II; Hegler, S. 234; E. Schneider, MDR 1964, 17; Siebert, S. 107 ff.

- 34) Blomeyer, ZPR, § 68 I 2; Nikisch, ZPR, § 67 I 2; Zeiss, ZPR, § 55 II; Baur, Festschrift für Böttcher, S. 1 (5); Goldschmidt, Prozeß, S. 494; Wolf, Anerkenntnis, S. 63 ff.
- 35) Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (134 ff.).
- 36) Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (135).
- 37) Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (135).
- 38) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II 1 a m. w. N.; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 a; bereits früher Rosenberg, ZPR, § 113 I 1; ders., ZZP 55 (1930), 420 (422).
- 39) Hegler, S. 268; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 75 ff.; vgl. auch Bülow, Geständnisrecht, S. 272; Demmler, S. 36 ff.; Petersen, ZPO, § 288, Anm. 2 f.; Seuffert, ZPO, § 288, Anm. 2 f. Lent (a. a. O.) weist in diesem Zusammenhang auf die Ungereimtheit der Abgrenzung von einfachen und schwierigen Rechtsfragen hin. Unter Bezugnahme auf Begriffe wie Miete und Leihe, Besitz und Eigentum (a. a. O., S. 30, 78) stellt er heraus, daß den Parteien gerade bei sog. einfachen Rechtsfragen die meisten Irrtümer unterlaufen; bei komplizierten seien sie weitaus vorsichtiger (a. a. O., S. 78).
- 40) Hegler, S. 267, erteilt der Auffassung eine Absage, die präjudizielle Rechtsgeständnisse wie Tatsachengeständnisse behandeln will (so RGZ 11, 406; Petersen, ZZP 3 (1881), 385 (428); Rümelin, AcP 88 (1898), 87 (135); Troll, S. 104; Wittmaack, AcP 88 (1898), 1 (62). Vgl. auch Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 283 ff.; heute auch Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II). Gegen diese Auffassung spräche das Wort "Tatsachen" in der Vorschrift des § 288 ZPO. Wie Hegler auch Seuffert, ZPO, § 288, Anm. 2 f; Struckmann, ZPO, §§ 288, 290, Anm. 2; Bülow, Geständnisrecht, S. 273, Anm. 1; Demmler, S. 36.
- 41) Hegler, S. 266 ff.; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 75 ff.
- 42) Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 77 ff.; Hellwig, Rechtskraft, S. 67.
- 43) Hegler, S. 267.
- 44) Hegler, S. 267; Demmler, S. 19 ff.
- 45) Demmler, S. 4, Anm. 1.
- 46) Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 76.
- 47) Hegler, S. 267; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 76.
- 48) S. 276; vgl. auch RGZ 10, 364.

- 49) Gesetzeskonkurrenz II, S. 80 ff.
- 50) S. 269 ff.
- 51) Hegler, S. 270; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 75 ff.
- 52) Es mag offenbleiben, ob § 139 ZPO überhaupt paßt. Diese Vorschrift verlangt eine Aufklärung nur im Tatsächlichen. Rechtsansichten werden wegen des Grundsatzes "iura novit curia" ausgeklammert. Danach müssen die Parteien keine Rechtskenntnisse besitzen.
- 53) Ausdrücklich Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 77 ff.
- 54) Seuffert, ZPO, § 288, Anm. 2 f.; Petersen, ZPO, § 288, Anm. 2; Blomeyer, ZPR, § 68 I; Nikisch, ZPR, § 67 I 2; Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361); Baur, Festschrift für Böttcher, S. 1 ff.; Bülow, Geständnisrecht, S. 272 ff.; Demmler, S. 36; Hegler, S. 234; Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 75 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff.; 96 ff.; ders., JuS 1966, 257 (267); Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff.; vgl. auch zum schweizerischen Recht Meier, S. 91 ff. (mit ausführlicher Darstellung der Problematik im deutschen Recht).
- 55) Vgl. z. B. Zeiss, ZPR, § 55 II; Nikisch, ZPR, § 67 I 2.
- 56) Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; ders., JuS 1966, 257 (267).
- 57) ZZP 87 (1974), 121 (135 ff.).
- 58) Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33; ders., JuS 1966, 257 (267).
- 59) Ähnlich Habscheid, Streitgegenstand. S. 167 ff.; Gernhuber, Familienrecht, § 24 IV 5.
- 60) Festschrift für Böttcher, S. 1 (3).
- 61) Schlosser, ZZP 90 (1977), 437 (439 ff.).
- 62) Juristentagsfestschrift (1960), Bd. II, S. 263.
- 63) Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 1.
- 64) RG, JW 1925, 765.
- 65) RGZ 154, 63 ff.; zustimmend Wieczorek, ZPO, § 128, Anm. B III b 2.
- 66) Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33, Fn. 85, nennt RGZ 85, 163 ff.; RGZ 84, 253; RGZ 103, 96; RG, JW 1928, 489.

- 67) Eine Erörterung der verschiedenen Streitgegenstandstheorien ist an dieser Stelle nicht veranlaßt. Die Nichtidentität von Schadenersatz und Erfüllung ergibt sich nach jeder vertretenen Auffassung.
- 68) Festschrift für Bötticher, S. 1 ff.
- 69) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (5).
- 70) Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; ders., JuS 1966, 257 (267).
- 71) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (8).
- 72) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (8).
- 73) Vgl. § 1253 I 2 BGB.
- 74) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (9).
- 75) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (9).
- 76) Zum Begriff des *ordre public* für viele Larenz, BGB - AT, § 22 III a m. w. N.
- 77) Vgl. Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (135).
- 78) Larenz, BGB - AT, § 22 III a; vgl. auch Meyer-Cording, JZ 1964, 273.
- 79) Larenz, BGB - AT, § 22 III a.
- 80) K. Simitis, Gute Sitten, S. 168 ff., 195 ff.
- 81) Anerkenntnis, S. 57 ff.
- 82) ZZP 83 (1970), 356 (361).
- 83) Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.; auch Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361).
- 84) Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.
- 85) Wolf, Anerkenntnis, S. 60, erteilt dabei der älteren Lehre von Hegler, S. 11 ff., und K. Blomeyer, ZZP 65 (1952), 52 (61), wonach das Anerkenntnis auf den prozessualen Anspruch unter Einschluß der Prozeßvoraussetzungen bezogen sei, eine klare Absage. Richtig ist jedenfalls, daß Prozeßvoraussetzungen nicht dem Anerkenntnis unterfallen; ihr Vorliegen ist von Amts wegen zu prüfen. Zur Kritik vgl. Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (130); auch Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361).
- 86) Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.

- 87) Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361). Vgl. auch Brehm, S. 98.
- 88) Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361); Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.; ebenso Schiedermair, Vereinbarungen, S. 58.
- 89) Wolf, Anerkenntnis, S. 60, betont zwar die Unabhängigkeit dieses Ergebnisses vom Streitgegenstandsbegriff. Doch seien Zweifel erlaubt, ob nicht doch den neuen materiellen Lehren das Wort geredet wird.
- 90) Prozeßrecht, S. 134 ff.
- 91) Damit bejaht Henckel, wie auch Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (217), eine negative Kongruenz von materieller Freiheit und Parteifreiheit.
- 92) Henckel, Prozeßrecht, S. 135.
- 93) Prozeßrecht, S. 135; vgl. auch Bötticher, Juristentagsfestschrift (1960), S. 511 ff.; A. Blomeyer, ZZP 76 (1962), 1 (17); ders., ZPR, § 94 III; a. M. Goldschmidt, AcP 117 (1919), 1 (21 ff.).
- 94) A. Blomeyer, ZZP 75 (1962), 1 (17).
- 95) Henckel, Prozeßrecht, S. 136; Bötticher, Juristentagsfestschrift (1960), 511 (516).
- 96) Henckel, Prozeßrecht, S. 136; vgl. auch Costede, ZZP 82 (1969), 438 (455); Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 43 ff., 101 ff., 114 ff.
- 97) Vgl. die Kommentierung dieser Vorschrift bei Baumbach-Duden-Hopt, HGB, 25. Aufl. (1983).
- 98) Henckel, Prozeßrecht, S. 137 ff.
- 99) Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 101 ff., 162.
- 100) Thomas, S. 208; Würthwein, S. 117 ff.
- 101) Ebenso Würthwein, S. 117 ff.
- 102) Ebenso Thomas, S. 208.
- 103) Für Willenserklärungen ausdrücklich Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II; Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. IV 2 e; Planck, ZPR, § 62; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1; Danz, S. 112 ff.; Hegler, S. 266 ff.; v. Sobernheim, S. 201; Wolf, Anerkenntnis, S. 65.
- 104) Hegler, S. 266 ff. (270); Hellwig, System I, § 31 IV; Riedberg, S. 98 ff.; Thomas, S. 144; vgl. für Rechtsmittelbeschränkungen auch Sell, S. 140 ff.

- 105) Grundlagen, § 3 II 3, § 20 I; ders., ZZP 88 (1975), 49 (61 mit Fn 43).
- 106) Umfang und Grenzen des Parteeinflusses, 1977, S. 61 ff.
- 107) Grunsky, ZZP 88 (1975), 49 (61). Im Widerspruch hierzu steht aber seine Bemerkung, das Vertreten einer Rechtssicht stelle eine bloße Anregung dar; das Gericht müsse selbst subsumieren (Grunsky, ArbGG, § 67, Rdnr. 3).
- 108) Darauf weist auch Schlosser, JuS 1966, 257 (267 ff.) hin; vgl. auch Grunsky, Grundlagen, § 3 II 3.
- 109) ZZP 87 (1974), 121 (135).
- 110) Eindeutig ist diese Grenzziehung aber keineswegs, wenn Grunsky, Grundlagen, § 3 II 3, die zwingende Vorschrift des § 313 S. 1 EGB entgegen BGH, JZ 1969, 102 ff., für disponibel hält.
- 111) Grunsky, Grundlagen, § 3 II 3.
- 112) Siehe oben § 5 III 2.
- 113) Siehe oben § 3 I 1, 2.
- 114) S. 103 ff., 117 ff.
- 115) Würthwein, S. 103 ff.
- 116) S. 103 ff.
- 117) A. M. Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (11); J. P. Schmidt, S. 107 ff.; Seiffert, S. 54 ff., die eine Unterordnung des Parteiwillens für den Fall der Beschreibung des staatlichen Rechtsweges annehmen.
- 118) Würthwein, S. 105.
- 119) S. 141 ff.
- 120) ZZP 85 (1972), 207 (217); vgl. auch Schlosser, ZZP 91 (1978), 361 (362).
- 121) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Einf. § 306, Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. I 1; Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 1 c; Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. B II b; Nikisch, ZPR, § 66 II 1; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 50 I 1; Böttcher, JZ 1954, 242 (243); Gerhardt, Fälle. S. 57; Kleinwächter, NJW 1957, 737; Süss, Wirkungsgrenzen, S. I ff., 94.
- 122) Siehe unten § 13.

- 123) ZZP 90 (1977), 157 (158/59).
- 124) ZPO (bis zur 8. Aufl.), § 307, Anm. 2 a; wohl auch Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (226).
- 125) ZPR, § 66 II 1; vgl. auch Süss, Wirkungsgrenzen, S. 4.
- 126) Ebenso die h. M.: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 1; Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 1 c; Zöllner-Vollkommer, ZPO, Vorb. §§ 306, 307, Rdnr. 1; Zeiss, ZPR, § 56 I 1; Arens, ZZP 83 (1970), 356 (362); Rosenberg, ZZP 55 (1930), 422; vgl. auch RG, Warn Rspr 1936, Nr. 61; BGHZ 10, 333; BGH, ZZP 71 (1958), 95; BSG, MDR 1978, 172; OLG Frankfurt, MDR 1978, 538; offengelassen Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (295); Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (160).
- 127) Unter Anspruch versteht sie das Klagerecht, die Macht, eine Entscheidung herbeiführen zu können; so Hegler, S. 11; vgl. auch Hellmann, IherJahrb. 31 (1892), 79 (129 ff.); Süss, Wirkungsgrenzen, S. 94 ff.; offenbar auch OLG Köln, JW 1929, 3258. Heute wird diese Problematik als "hilfsweise erklärtes Anerkenntnis" diskutiert, vgl. Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 ff. und oben § 9 I 2 h (3).
- 128) Dagegen zu Recht Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361); Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (160); Wolf, Anerkenntnis, S. 60, 74 ff.
- 129) Anerkenntnis, S. 57; vgl. auch Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361/62); Grunsky, Grundlagen, § 10 I; Hellwig, System I, § 149 II 1.
- 130) ZPR, § 134 IV 2 a. E.; neuerdings auch Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 7.
- 131) Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff. (60); a. M. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2; Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361); Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (129 ff.).
- 132) Wolf, Anerkenntnis, S. 17 ff., 74 ff.; LG Hamburg, JW 1938, 2290; a. M. RGZ 90, 186 (188); BGHZ 10, 333 (334); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 3 A, B; Jauernig, ZPR, § 47 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 50 I 2; Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (308 ff.); Knöpfel, ZZP 68 (1955), 450 (457 m. w. N.).
- 133) Wolf, Anerkenntnis, S. 58 ff.
- 134) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV .; ebenso Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 9; Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 ff.; ders., JZ 1976, 609; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (176); Wölff, Anerkenntnis, S. 11, 74 ff.
- 135) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2 a. E.

136) RGZ 42 (320 (322); RGZ 67, 154.

137) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 50 I 1.

138) in: Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 307, Anm. 2 A.

139) ZPR, § 56 I 5 c.

140) ZPR, § 134 IV 2.

§ 10 Grundlagen einer Lösung aus dem Verfahrensrecht

Die Frage der Zulässigkeit von "Rechtsgeständnissen" hat keine positive gesetzliche Regelung erfahren. Eine Lösung ist allenfalls mittelbar aus dem Verfahrensrecht zu gewinnen. Hierbei kommt eine Analogie zu §§ 288, 307 ZPO oder einzelnen Verfahrensgrundsätze, wie z. B. Verhandlungs- und/oder Dispositionsmaxime und der Satz "iura novit curia" in Betracht. Gegebenenfalls kann auch die Zusammenschau mit einzelnen Vorschriften - wie § 280 ZPO - ein Ergebnis zeitigen.

I. Rechtssätze, die auf die Zulässigkeit von Rechtsdispositionen hindeuten1. Rechtsgeständnisse (§ 288 ZPO)a) § 288 ZPO und Rechtsfragen

Die überwiegende Auffassung¹ lehnt eine Anwendung von § 288 ZPO auf den einvernehmlichen Vortrag von Rechtsfragen ab. Man verweist auf den ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift, der nur Tatsachen nennt. Ein Rechtsgeständnis sei aber kein Bericht von Geschehenem, sondern die Kundgabe einer bestimmten Rechtsansicht.

Ausgehend vom Wortsinn "Tatsache" kann dieser Ansicht die Richtigkeit nicht abgesprochen werden. Rechtsansichten - wenn auch einvernehmlich vorgetragen - betreffen keine konkreten, raumzeitlich bestimmten, vergangenen oder "gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Innenlebens".² Mit ihrem Vortrag ist deren tatsächliche Grundlage bereits ins Rechtliche transponiert. Gerade dieser Umstand führt zu einer mangelnden Vergleichbarkeit von Tatsachen und Rechtsgeständnissen. Die gesetzgeberische Vorstellung, es werde nur Wahres zugestanden,³ trifft hier nicht zu. Allein Tatsachen sind von den Prozeßparteien erfahrbar, nicht aber Rechtsfragen.

Auch paßt die Rechtsfolge von § 288 ZPO nicht auf Rechtsgegenstände. Rechtsfragen bedürfen von vornherein keines Beweises;⁴ es besteht keine Beweislast.⁵ Aber auch ein verändertes Verständnis der Vorschrift des § 288 ZPO dahingehend, daß eine richterliche Prüfung der Rechtsprobleme einvernehmlich abbedungen werden kann, wird der gesetzgeberischen Zielsetzung nicht gerecht. Eine Beschleunigung des Rechtsstreits kann damit nicht erreicht werden; die richterliche Prüfung führt grundsätzlich zu keiner Verzögerung.

Dem steht auch Rödigs⁶ Ansicht nicht entgegen, der den Beweis von Normen als Sonderfall des Tatsachenbeweises (jedenfalls zu einem großen Teil) darzustellen sucht. Er hält dafür, auch Normen am Begriffspaar "wahr - unwahr" zu messen und kommt so zu einer Beweiszugänglichkeit. Zwar erkennt er an, daß kein äußeres Kriterium existiert, von dem aus auf eine bestimmte Norm geschlossen werden könne. Dennoch glaubt er, wie nachfolgend dargestellt, eine Möglichkeit der Beweisführung erkennen zu können: "Es stelle ta das in der Tötung des Abel durch Kain bestehende Verhalten, Vb¹ (.)' das Attribut der Verbotenheit dar. Dann ist offenbar Vb¹ (ta) ... 'wahr genau dann, wenn das betreffende Verhalten die Eigenschaft hat, verboten zu sein, d.h. wenn ta zu der die Extension von 'Vb¹ (.)' bildenden Menge gehört".⁷ Damit ist einerseits, wie Grunsky⁸ in der Rezension von Rödigs Werk treffend herausstelle, für den "juristischen Alltag" wenig gewonnen. Gerade das Verbotensein ('Vb 1 (.)') stellt regelmäßig den Streitpunkt dar. Doch, darüber hinaus ist auch für den Beweis und die Beweiszugänglichkeit von Normen nicht viel erreicht. Unterstellt man auch die Möglichkeit eines Schlusses auf eine Norm, so ist die weitere Beweisführung nicht anders, als die Erforschung von deren Voraussetzung. Beweis in diesem Sinne ist bloße Subsumtion.

Eine Bindung in Rechtsfragen durch den Parteivortrag analog § 288 ZPO scheidet von daher aus.

b) § 288 ZPO und "Rechtstatsachen"

Zweifel an der Richtigkeit des eben gewonnenen Ergebnisses kommen jedoch auf, vergewenwärtigt man sich Geständnisse über sog. "Rechtstatsachen", wie z. B. Eigentum, Besitz, KFZ-Halter. Solche einfachen Rechtstatsachen will Nikisch⁹ als Tatsachen i. S. § 288 ZPO und demzufolge als geständnisfähig ansehen. Diese Ansicht entbehrt nicht einer gewissen Anschaulichkeit, ist aber im Ergebnis noch zu weit. Ihr kann nicht gefolgt werden, wenn mit den Rechtstatsachen eine juristische Wertung verbunden ist, wie z. B. bei Kaufvertrag, Arbeitsvertrag, u. ä. Anderes gilt aber bei den bereits genannten Beispielen. Den Ausführungen Lents¹⁰ hierzu ist nicht jede Berechtigung abzusprechen, wenngleich die Bezeichnung der "Rechtstatsachen" als beweisbedürftige Rechtsbehauptungen zu weit geht.¹¹

Folgendes Beispiel möge die Problematik verdeutlichen:

Der Kläger verlangt vom Beklagten die Herausgabe eines PKW's. Er behauptet, Eigentümer des Autos zu sein. Der Beklagte habe es ohne sein Wissen und Wollen an sich genommen. Letzterer wendet ein, das KFZ gehöre nicht dem Kläger. Er habe es vielmehr von seinem (des Beklagten) Bruder geliehen.

Es sind also Fälle denkbar, in denen sog. Rechtstatsachen eines Beweises bedürfen. Der Klageerfolg im vorstehenden Beispiel hängt u. a. von der Eigentümerstellung des Klägers ab. Sähe man das Eigentum als Rechtsbegriff an, müßte man konsequenterweise die Klage als unschlüssig abweisen. Es fehlt an einem, die Voraussetzungen von § 985 BGB ausfüllenden Tatsachenvortrag. Diese Konsequenz wird aber - zu Recht - von niemandem gezogen. Denn, wie gestaltete sich ein solcher Tatsachenvortrag? Der Kläger müßte behaupten, das KFZ von einem Berechtigten Dritten nach vorgehender Einigung über den Eigentumsübergang von diesem übergeben erhalten zu haben. Des weiteren wäre negativ der Vortrag erforderlich, sein so erhaltenes Eigentum nicht auf demselben Weg an einen anderen weiterübertragen zu haben. Schon bis hierher wäre der Tatsachenvortrag höchst umständlich und unpraktisch. Dabei sind - genau genommen - noch nicht einmal alle Rechtsbegriffe verbannt. Es gälte noch "Einigung" und "Berechtigter" in die tatsächlichen Grundlagen aufzulösen. Dieses Verfahren würde der Umgangssprache nicht gerecht, die auch Worte mit juristisch verbrämtem Inhalt eindeutig verwendet.

Diese sog. Ausnahmefälle vom oben aufgestellten Grundsatz sollen aber erst an anderer Stelle¹² eingehend untersucht werden. Bisher bleibt daran festzuhalten, daß § 288 ZPO keine Rechtsverständnisse erfaßt.

c) § 239 IV ZPO

Die Rechtsnachfolge in einem wegen des Todes einer Partei unterbrochenen Rechtsstreits gilt als zugestanden, wenn der behauptete Rechtsnachfolger zum Termin nicht erscheint (§ 239 IV ZPO).¹³ Diese Vorschrift enthält die gesetzliche Regelung einer Disposition über Rechtsfolgen.¹⁴ "Zugestanden" wird die Rechtsnachfolge, nicht wie im Versäumnisverfahren der Tatsachenvortrag (§ 331 I ZPO).

Diese Vorschrift führt aber zu keiner anderen Beurteilung unserer Fragestellung. Sie dient allein dazu, in einem Sonderfall eine Urteilsfällung zu ermöglichen.¹⁵ Als Ausnahmeregelung kommt ihr kein Bezugscharakter zu.

2. Teilanerkenntnisse (§ 307 ZPO)

Als Grundlage bindender Rechtsdispositionen wird zuweilen auch § 307 ZPO genannt. Diese Vorschrift betrifft ihrem Wortlaut nach das Anerkennen von Rechtsverhältnissen; doch verlangt sie, daß in der Folge der Klage auf Grund des Anerkenntnisses ohne weiteres stattgegeben werden kann. Der gesamte geltend gemachte Anspruch muß vorbehaltlos anerkannt werden.¹⁶ Dies ist für die in Rede stehenden Rechtsdispositionen gerade nicht der Fall. Eine direkte Anwendung von § 307 ZPO in unserer Fragestellung verbietet sich daher bereits.

Unter Teilanerkenntnissen wird hier ein Anerkenntnis verstanden, das einen Teil eines einheitlichen Anspruchs betrifft. Die Zulässigkeit von (vertikalen) Teilanerkenntnissen, dergestalt, daß einer von mehreren, im Wege objektiver Klagehäufung geltend gemachter Ansprüche anerkannt wird, steht nicht inmitten und soll nicht bezweifelt werden.

In Betracht kommt allenfalls eine analoge Anwendung von § 307 ZPO. Dafür bieten sich zwei Begründungen an:

a) Historisches Verständnis des Anerkenntnisses

Die Unterscheidung von Anerkenntnis und Geständnis wurde im gemeinen Recht als verschiedene Erscheinungsform eines einheitlichen Ganzen betrachtet.¹⁷ Bindende Erklärungen über Rechtsfragen (confessio in iudicio) bejahte man problemlos¹⁸ oder sah sie zumindest als "innerlich notwendige prozessuale Erscheinung"¹⁹ an.

Ausgehend von diesem Verständnis könnte man die Vorschrift des § 307 ZPO als Grundlage bindender Rechtserklärungen heranziehen, wenn der dargestellten Auffassung nach Schaffung der RCPO (1877) bis heute zu folgen ist. Dies ist aber zu verneinen. Der klare Wortlaut der §§ 288, 307 ZPO steht einer solchen Auslegung entgegen.²⁰ Daß der Gesetzgeber die frühere Rechtslage (möglicherweise) nicht ändern wollte, spielt demgegenüber keine Rolle.²¹

b) Weiterer Anerkenntnisbegriff

Darüber hinaus soll § 307 ZPO nach Wolf²² nur eine Teilregelung des Komplexes "Anerkenntnis" darstellen; wenn nicht prozeß- so wirkten diese immer streitbeendend.

Wolfs Auffassung bedeutet im Grunde nichts anderes als eine Fortführung der eben dargestellten historischen Begründung.²³ Auch er geht von einer grundsätzlichen Gleichbehandlung von Anerkenntnis und Geständnis aus.²⁴

Das Anerkenntnis i. S. § 307 ZPO habe zwar eine prozeßbeendende Wirkung,²⁵ da aber mit dieser Vorschrift nur ein Teilgebiet geregelt werde, müsse den gesetzlich nicht fixierten Anerkenntnissen zumindest streitbeendende Wirkung zukommen. Diese Folgerung begründe sich aus der Beziehung des Anerkenntnisses auf den materiellen, nicht aber auf den prozessualen Anspruch. Diese Folgerung sei zwingend, da ein Anerkenntnis nur von seiner Bindungswirkung lebe.²⁶

Konsequenz dieser Ansicht ist die analoge Heranziehung des § 307 ZPO bei der Frage der Bindung an Rechtsdispositionen. Derartige Parteiverhalten bedingte eine Teilstreiterledigung. Zugabegeben ist Wolf zwar, daß die Zweifel aus dem eindeutigen Wortlaut der Dispositionsvorschriften überwunden wären, wollte man die vor Schaffung der RCPO (1877) leitenden Gedanken auf das heutige Recht übertragen.²⁷ Dennoch kann diesem Verständnis nicht gefolgt werden, wenn dem Anerkenntnis prozeßbeendigende Wirkung beigelegt wird. Erforderlich für die Annahme eines Anerkenntnisses gemäß der ZPO bleibt die Möglichkeit eines Urteilserlasses. Das Argument, ein Anerkenntnis lebe von seiner Bindungswirkung, weswegen einvernehmliche Rechtserklärungen beachtlich sein müßten, ist keineswegs eindeutig. Aus der fehlenden Bindungswirkung kann man auch umgekehrt darauf schließen, daß dann eben kein Anerkenntnis i. S. der ZPO vorliegt.

Ergebnis dieser knappen Untersuchung ist, daß § 307 ZPO (analog) nicht als Grundlage von bindenden Rechtsdispositionen herangezogen werden kann.²⁸

3. Ableitung einer Bindung aus den Verfahrensgrundsätzen

Ergibt sich kein Anhaltspunkt unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen, um eine Bindung an Rechtserklärungen der Parteien zu begründen, so spielt es zunächst auch keine Rolle, ob man diesen Fragenkomplex zwischen Geständnis und Anerkenntnis ansiedeln will.²⁹ Hieraus ist jedenfalls kein Aspekt für die Bindungswirkung zu entnehmen. Der Gesetzgeber mag (horizontale) "Teilanerkenntnisse" bewußt nicht geregelt haben.

Eine Grundlage für die Annahme einer Bindungswirkung in diesem Bereich ist - soweit allein das Prozeßrecht betroffen ist - u. U. noch den Prozeßgrundsätzen zu entnehmen.

a) Die Verhandlungsmaxime

Der Verhandlungsgrundsatz kann nur dann als Grundlage der Statthaftigkeit bindender Rechtserklärungen der Parteien dienen, wenn - entsprechend der überkommenen Auffassung, wonach das Geständnis zum Verhandlungsgrundsatz, das Anerkenntnis zur Dispositionsmaxime rechnet³⁰ - auch die bindenden Rechtserklärungen dem Verhandlungsgrundsatz unterfallen.

Ein Verfahren nach der Verhandlungsmaxime bedingt, daß die Parteien den Streitstoff vortragen, dessen Beweisbedürftigkeit bestimmen und gegebenenfalls den Beweis antreten.³¹ Der Streitstoff ist aber allein der dem Verfahren zugrundeliegende Tatsachenstoff; solcher steht hier nicht inmitten. Im Gegenteil: das Gericht soll gerade in seiner (rechtlichen) Bewertung des Streitstoffes gebunden werden. Im übrigen sind Rechtsfragen weder beweis zugänglich noch beweisbedürftig (§ 293 ZPO). Die Verhandlungsmaxime kann demnach nicht zur Begründung einer Bindung herangezogen werden.

b) Die Dispositionsmaxime

Unter diesem Prozeßgrundsatz ist die Befugnis der Parteien zu verstehen, den Gegenstand eines Prozesses und dessen Dauer zu bestimmen.³² Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich sind Ausfluß der Dispositionsmaxime.³³ Leitet man bindende Rechtserklärungen der Parteien in Einzelfragen in einer Analogie zu Anerkenntnissen her, kann jedoch der Prozeßgrundsatz ebenso keine Grundlage für deren Bindungswirkung darstellen. Diese bildete nur dann eine Grundlage, wenn man die gesamte Streitbestimmung - auch den Umfang des tatsächlichen Streits - diesem Grundsatz unterordnen wollte. Diese Folge bedeutete aber eine Vermengung mit der Verhandlungsmaxime und wird zu Recht von niemandem gezogen.

c) Der Prozeßbetrieb

Der Prozeßbetrieb betrifft die Frage des Beginns und des formalen Inganghaltens eines Prozesses. Diese Bestimmung liegt im Zivilverfahren in der Hand der Parteien (Parteietrieb). Eine Streitbeilegung in einzelnen Rechtsfragen eines einheitlichen Anspruchs fällt nicht unter diesen Begriff.

Eine inhaltliche Streitbegrenzung betrifft also nicht den (formalen) Verfahrensablauf; der Prozeßbetrieb kann daher nicht zur Rechtfertigung einer Bindung an parteiliche Rechtsdispositionen herangezogen werden.

4. Zwischenergebnis

Eine positive gesetzliche Regelung, betreffend die Bindung an Rechtserklärungen der Parteien, ist nicht vorzufinden. Eine Analogie zu § 288 ZPO oder § 307 ZPO rechtfertigt nicht die Annahme einer Bindungswirkung bei übereinstimmenden rechtlichen Ausführungen.

Die Prozeßgrundsätze - Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, sowie Prozeßbetrieb - sind ebenso nicht geeignet, die Bindungswirkung von Rechtsdispositionen zu begründen.

Eine Rechtfertigung derartigen Parteiverhaltens kann danach nur noch durch eine Gesamtschau des Zivilverfahrens^{33a} durch außerprozessuale Grundsätze wie Privatautonomie³⁴ oder Parteifreiheit³⁵ erfolgen. Vor deren näherer Untersuchung³⁶ sei aber auf Verfahrens- und Verfassungsnormen eingegangen, die der Bindung an parteiliche Rechtsabreden möglicherweise entgegenstehen.

Anmerkungen:

- 1) Jauernig, ZPR, § 44 I; Zeiss, ZPR, § 55 II; Arens, Willensmängel, S. 194; Bülow, Geständnisrecht, S. 273; Würthwein, S. 83 ff.; zum früheren Streitstand vgl. Demmler, Das Geständnis von Rechtsverhältnissen (1895); Hegler, S. 266 ff.; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 75 ff.; V. Sobernheim, S. 204.
- 2) BGH, DRIZ 1974, 27.
- 3) Vgl. Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128, Rdnr. 84.
- 4) A. M. Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 83 (87 ff.); wie hier Würthwein, S. 83.
- 5) So auch Demmler, S. 36; Hegler, S. 267.
- 6) Theorie, S. 6, 252 ff.
- 7) Theorie, S. 257 ff.
- 8) JZ 1974, 750 (752). Dies verkennt auch Rödig nicht (Theorie, S. 259 ff.).
- 9) ZPR, § 67 I 2.
- 10) Gesetzeskonkurrenz II, S. 86.
- 11) Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 89.
- 12) Siehe unten § 12 II.
- 13) Vgl. auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 239, Anm. 4; OLG Düsseldorf, OLGZ 1979, 458.
- 14) Ausdrücklich Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1.
- 15) Ebenso Würthwein, S. 84.
- 16) Statt vieler Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2.
- 17) Vgl. Wetzell, § 19.
- 18) Brackenhoeft, AcP 20 (1837), 248 (270 ff.); Wetzell, § 19.
- 19) Demmler, S. 37 ff.; vgl. auch Bülow, Geständnisrecht, S. 273 m. Anm. 1; Hegler, S. 267; Hellwig, System I, § 149 I, IV, V.
- 20) So bereits Bülow, Geständnisrecht, S. 270 ff.; Demmler, S. 35 ff.; Hegler, S. 267 ff.
- 21) A. M. Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 75 ff.; Wittmaack, AcP 88 (1898), 59 ff. Vgl. dazu eingehend § 13 II 2 a.

- 22) Anerkenntnis, S. 57 ff.
- 23) Siehe oben a).
- 24) Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.
- 25) Anerkenntnis, S. 17 (18 ff.).
- 26) Wolf, Anerkenntnis, S. 60.
- 27) Vgl. oben a).
- 28) Eingehend dazu unten § 13 III 2.
- 29) So Würthwein, S. 85.
- 30) So Blomeyer, ZPR, § 13 II 1, 3; Jauernig, ZPR, § 24 IV, § 25 IV 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II.
- 31) Siehe oben § 5 IV 1.
- 32) Siehe oben § 5 I 2.
- 33) RGZ 58, 54; Thomas-Putzo, ZPO, Einl. I 1 b; Blomeyer, ZPR, § 13 II 1, 3; Bruns, ZPR, § 30 Rdnr. 161; Jauernig, ZPR, § 24 IV; Nikisch, ZPR, § 50 I insbes. 1.
- 33a) Siehe unten III.
- 34) So Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 ff.; Hegler, S. 239 ff.; 266 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff.
- 35) So Würthwein, S. 103 ff.; ähnlich Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.
- 36) Siehe unten § 11.

II Ausschlußtatbestände für Rechtsdispositionen

Rechtsnormen, deren direkte oder analoge Heranziehung gegen die Bindung von Rechtsdispositionen der Parteien sprechen, sind weitgehend nicht der ZPO zu entnehmen. Allenfalls die Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) ist in diesem Zusammenhang zu nennen. Im Übrigen wird die ablehnende Auffassung zumeist auf verfassungsrechtliche Vorschriften - Hegler¹ sieht eine Verletzung der Stellung des Richters und der Würde des Gerichts durch eine weite Einflußnahmemöglichkeit der Parteien bei Rechtsfragen, Hellwig² verweist auf die Unabhängigkeit des Richters und dessen Bindung an Gesetz und Recht - gestützt, aber auch der Grundsatz "iura novit curia" wird ins Feld geführt.³

Diesen Meinungen soll im folgenden nachgegangen werden. Zu fragen ist, inwieweit Rechtsdispositionen der Parteien durch derartige Vorschriften oder die Ausgestaltung des Verfahrens ausgeschlossen sind.

1. Einfluß der Wahrheitspflicht

Die Vorschrift des § 138 I ZPO ist ihrem Wortlaut nach schon nicht auf die Problematik der Rechtsdispositionen anzuwenden. Sie bezieht sich allein auf tatsächliche Erklärungen der Parteien. Nur solche können wahr oder unwahr sein.⁴ Im Übrigen schließt sie den "eilvernehmlichen Vortrag einer Unwahrheit" nicht per se aus.⁵ Wollte man diese Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut auch auf den Rechtsbereich anwenden, so müßte das Gleiche gelten. Die Existenz von Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich u. ä.⁶ macht neben der Möglichkeit zur Tatsachendisposition deutlich, daß der Umfang der Streitentscheidung von den Parteien bestimmt werden kann.⁷ Nur in dem von ihnen abgesteckten Rahmen kommt der Wahrheitsfindung und der richtigen Entscheidung Bedeutung zu.

Ein materiell unrichtiges Urteil ist nicht auszuschließen. Es ist unerwünscht, gleichwohl kommt ihm aber die volle Urteilswir-

kung zu. Verzerren Rechtsdispositionen die im Urteil festgestellte Rechtslage, so kann damit wegen der Dispositionen allein noch nicht anders verfahren werden. Unser Zivilverfahren fordert im Rechtlichen keine weitergehende Richtigkeitsgewähr.⁸

2. Die Stellung des Richters

Der Richter ist unabhängig (Art. 97 GG; § 1 GVG); er ist nur Gesetz und Recht unterworfen (Art. 20 III GG). Doch, folgt daraus, daß er in der Rechtsanwendung völlig frei von parteilichen Einflußnahmen ist?⁹ Die Unabhängigkeit und alleinige Rechtsunterworfenheit scheint zunächst dafür zu sprechen.

Gegen diesen Standpunkt wenden sich Berges¹⁰ und Schlosser.¹¹ Beide befürworten eine stärkere Berücksichtigung von Billigkeitsgesichtspunkten im staatlichen Zivilverfahren; hierzu sollen auch die Anregungen und Erklärungen der Parteien zur Erreichung einer gerechten Entscheidung herangezogen werden können. Leitend hierfür ist die im Verfahrensablauf freiere Schiedsgerichtsbarkeit.¹² Die dabei gewonnenen positiven Erfahrungen sollen auch dem staatlichen Verfahren nutzbar gemacht werden.¹³

a) Die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG, § 1 GVG)

Die richterliche Unabhängigkeit ist ein tragender Verfassungsgrundsatz,¹⁴ ein Kardinalsatz einer jeden Rechtsordnung.¹⁵ Ursprung dieses Postulats ist die unseren Staatsaufbau bestimmende Gewaltenteilung.¹⁶ Die dritte Gewalt wird als eigene, ungebundene anerkannt. Sie wird von äußeren Einflüssen, sei es durch Regierung, Parlament, politische Parteien oder auch privater Dritter geschützt. Ziel ist es, eine wahre, nicht von Einzelinteressen geprägte und gegängelte Rechtspflege zu gewährleisten.¹⁷

Die richterliche Unabhängigkeit umfaßt drei Erscheinungsformen. Einmal ist die klassische Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit zu nennen.¹⁸ Diese sichert den Richter

vor äußeren Einwirkungen und Weisungen Dritter in Bezug auf seine richterliche Tätigkeit. Jene gewährleistet die Persönliche Stellung des Richters, seine Existenzgrundlage,¹⁹ seine Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit.²⁰ Beide zusammen intendieren eine Freiheit des Richters, ohne äußeren Einflüssen und besonderen Sachzwängen ausgesetzt zu sein, seine Dienstgeschäfte verrichten zu können. Als weiteren Aspekt neben dieser Unterscheidung nennt Niebler²¹ eine innere Unabhängigkeit. Diesem dritten, rechtlich nicht faßbaren und absicherbaren Bereich unterfallen beispielsweise die Gesichtspunkte der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Stellung des Richters, dessen gesellschaftliche Herkunft, der Einfluß der Massenmedien u. a. m.²² Bettermann²³ nennt in diesem Zusammenhang auch die Parteiabhängigkeit. Die Sicherung dieses Bereichs richterlicher Unabhängigkeit bleibt im wesentlichen dem Richter selbst, seinem Auftreten, seinem Verhalten in und seinem Verhältnis zur Gesellschaft überlassen.

Eine Bindung an Rechtserklärungen der Parteien kann den Richter allenfalls in seiner sachlichen oder in der inneren (Partei-) Unabhängigkeit beeinträchtigen.

Die sachliche Unabhängigkeit gewährleistet dem Richter - wie gesehen -, frei von Einflüssen Dritter entscheiden zu können. Er unterliegt keinen Weisungen, betreffend seine richterlichen Aufgaben.²⁴ Dies bedeutet natürlich nicht, daß er nach Gutdünken, also willkürlich, entscheiden darf. Die Gesetzesunterworfenheit (Art. 20 III GG, §§ 25 DRiG, 1 GVG, Art. 97 I GG) wird nicht beseitigt.²⁵ Daraus folgt für die (Un-)Zulässigkeit von parteiichen Rechtsdispositionen: Die richterliche Unabhängigkeit ist durch parteiiche Rechtsdispositionen nicht beeinträchtigt. Zwar beinhaltet Art. 20 III GG auch einen Ausdruck richterlicher Unabhängigkeit dergestalt, daß der Richter hinsichtlich einzelner Gesetzesauslegung keinen Weisungen oder Bindungen z. B. einer anderen Staatsgewalt unterliegt.²⁶ Eine Unabhängigkeit vom Bürger, den Parteien, wird ex definitione damit schon nicht erstrebt. Denn die Weisungen

die mit dieser auch für den Gesetzgeber unantastbaren Norm (Art. 79 III GG) ausgeschlossen werden sollen, können allenfalls von einer übergeordneten Stelle erfolgen. Mit der Unabhängigkeit des Richters in sachlicher Hinsicht wird nur die Gleichrangigkeit der rechtsprechenden mit den anderen Gewalten anerkannt.

Daneben liegt auch gegen die innere Unabhängigkeit kein Verstoß i. S. einer Parteiabhängigkeit vor. Diese betrifft allein die Frage eines Unabhängigkeitsverhältnisses von Richter und Partei i. S. einer wirtschaftlichen Abhängigkeit oder einer Unabhängigkeit von engen Beziehungen zu einer Partei. Unter diesem Begriff sind Teilaspekte der persönlichen Unabhängigkeit und des Gebotes zu richterlicher Neutralität vereint. Man mag die Berechtigung einer selbständigen Erwähnung der Parteiunabhängigkeit von daher schon in Zweifel ziehen; durch einvernehmliche Erklärungen der Parteien wird sie jedenfalls nicht tangiert.

e) Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG, § 1 GVG)

Wie gesehen kann die Bindung des Richters an Gesetz und Recht nicht von der richterlichen Unabhängigkeit gelöst werden. Sie bildet, wie Eb. Schmidt²⁷ sich ausdrückt, ein "Komplementärelement" zur Unabhängigkeit. Gerade weil der Richter nur Gesetz und Recht unterworfen ist, ist er (im übrigen) unabhängig.

Die Bindung an Gesetz und Recht als solches besagt noch nichts über ihren Inhalt²⁸ und damit über den Ausschluß parteilicher Rechtsdispositionen. Ließe z. B. eine - real nicht existierende - Norm derartiges Parteiverhalten zu, wäre der Richter auch hieran gebunden.

Allerdings nennt Art. 20 III GG "Gesetz und Recht".²⁹ Dieser Begriff wird aber nicht definiert, sondern vorausgesetzt.³⁰ Mit dem Begriff "Recht" soll einem übertriebenen Gesetzespositivismus entgegengewirkt werden. Er geht über staatliche Normen, das geschrie-

bene (formelle) Gesetz, hinaus. Der Richter hat auch Gesetze im materiellen Sinn,³¹ ungeschriebenes Recht wie auch den Sinngehalt formeller Gesetze zu beachten.³² Dies bedeutet: Eine parteiliche Verfügungsbefugnis in Rechtsfragen kann sich möglicherweise aus einer prozessualen Zusammenschau, u. U. gar i. V. m. der materiellen Verfügungsbefugnis³³ ergeben. Versteht man unter "Recht" i. S. Art. 20 III GG die Gesamtheit der Rechtsordnung, so wäre ein solches Auslegungsergebnis ebenfalls unter diesen Begriff zu fassen. Umgekehrt, und damit kehren wir zur Ausgangsfrage zurück, so bedeutet dies: Der Richter ist nicht an parteiliche Rechtsdispositionen gebunden, sofern sich aus dem "Recht" keine positive Aussage hinsichtlich einer Bindungswirkung finden läßt.

c) Die Würde des Gerichts

Die Würde des Gerichts wird allein in § 175 GVG erwähnt, ohne näher definiert zu werden. Allgemein versteht man darunter "das Ansehen des Gerichts als Institution in der sozialen Gemeinschaft".³⁴ Sie beinhaltet die Forderung, einen gewissen Stil des Verfahrens einzuhalten, angesichts einer oft einschneidenden Bedeutung des Verfahrensgegenstandes für einzelne Menschen. Die Würde des Menschen sowie die Repräsentation des gesamten Volkes erfordert die Einhaltung einer "sich auch in äußeren Formen ausdrückender Würde".³⁵

Mit diesem Inhalt versucht die "Würde des Gerichts" einen adäquaten äußeren Rahmen des Gerichtsverfahrens zu wahren. Das Erscheinungsbild von Parteien, Zuhörern und Gerichtspersonen (Kleidung, Haar- und Barttracht) und ihr Verhalten (Randalieren, betrunkenen Zustand) muß diesen Minimalanforderungen genügen.³⁶ Daraus ergibt sich, daß entgegen Hegler,³⁷ eine etwaige Bindung des Richters an Rechtsansichten der Parteien die gerichtliche Würde nicht beeinträchtigt.

Zudem dürften Heglers Ausführungen wohl nur schief formuliert sein. Er hatte wohl mehr die Stellung des Richters, seine Unabhängigkeit, im Auge.

d) Das Rechtsprechungsmonopol (Art. 92 GG)

Art. 92 GG statuiert ein staatliches Rechtsprechungsmonopol. Der Richter und nur er ist zur Streitentscheidung berufen.³⁸

Diese Vorschrift fordert nicht, dem materiellen Recht generell zur Geltung zu verhelfen.³⁹ Das Entscheidungsmonopol kann nur Wirkung entfalten, soweit überhaupt Streit herrscht. Wie die Parteien frei sind, ihre Rechte überhaupt geltend zu machen, steht es auch in ihrem Belieben, den Streit zu begrenzen. Dadurch wird der Selbsthilfe, die Art. 92 GG verhindern will, kein Vorschub geleistet. Diese Freiheit zeigt sich in der bestehenden Möglichkeit einer gütlichen Streitbeilegung; auf diese soll in jeder Lage des Verfahrens hingewirkt werden (§ 279 ZPO).⁴⁰ Auch die rechtlichen und tatsächlichen Dispositionsnormen (§§ 306, 307, 794 I Nr. 1, 91 a, 331 ff. 138 III, 288 ZPO) bestätigen dieses Ergebnis.

Bindende Rechtsdispositionen der Parteien werden durch Art. 92 GG nicht ausgeschlossen.

3. Der Satz "iura novit curia"

In Literatur⁴¹ und Rechtsprechung⁴² wird immer wieder der Satz "iura novit curia" und gleichbedeutend "da mihi facta, dabo tibi ius" angeführt, um die fehlende Einflußmöglichkeit der Parteien auf die rechtlichen Grundlagen des Zivilverfahrens zu begründen. In den genannten Aussagen komme eine unbedingte Richtigkeitsgewähr eines jeden Richterspruches (im Sinne einer vollen Entsprechung von materiellem Recht und tatsächlichem Geschehen) zum Ausdruck.⁴³ Demgegenüber wendet man von anderer Seite⁴⁴ ein, diese Grundsätze besagten nichts anderes, als daß Rechtssätze nicht bewiesen werden müßten. Ein weiterer Bedeutungsgehalt dahingehend, daß dem Richter ein Rechtsanwendungsmonopol zukomme, sei ihnen nicht zu entnehmen.

Die konträren Meinungen erfordern ein näheres Eingehen auf den Bedeutungsgehalt von "iura novit curia". Die Grundbedeutung dieses

Satzes besteht zunächst darin, daß die Parteien keinerlei Rechtskenntnisse haben müssen, wenn sie einen Zivilprozeß führen wollen. Der Richter kennt das Recht; notfalls informiert er sich darüber und wendet es ohne dahingehenden Vortrag oder Beweis der Parteien an.⁴⁵

Diesem ursprünglichen Inhalt des angesprochenen Satzes legte man später einen weiteren Bedeutungsgehalt bei. Aus der fehlenden Verpflichtung das Recht kennen zu müssen wurde ein Verbot bindender Rechtsausführungen abgeleitet.⁴⁶ Es wurde - wie Würthwein es ausdrückt⁴⁷ - von einem "Recht der Parteien auf Rechtsausführungen verzichten zu können, auf ein Verbot, auch bei Einigkeit über Rechtsfragen, diese dem Urteil zugrunde zu legen, geschlossen". Der im Parteiinteresse aufgestellte Rechtssatz entfaltete nunmehr Sperrwirkung ihnen gegenüber. Aus "iura novit curia" wurde "iura novit curia sola".

Rückschauend auf das römische Recht, dem dieser "unrömische"⁴⁸ Grundsatz entlehnt ist, kann der zweite Bedeutungsgehalt nicht nachvollzogen werden. Ein Beweis des Rechts war im römischen Zivilverfahren ebenso nicht geboten. Damals wie heute waren die Gesetze öffentlich bekannt; der Richter konnte sich ohne weiteres über deren Inhalt informieren. Die Parteien hatten nicht die Last, die Gesetzesauslegung mitzuteilen; dies war Aufgabe der beratenden Richter.⁴⁹ Insgesamt stellte sich diese Regelung nicht als Verbot gegenüber den Parteien dar, sondern diente deren Erleichterung.

Einen generellen Ausschluß jeglicher Einflußnahmemöglichkeit auf die Rechtsgrundlagen im Zivilverfahren ist auch heute dem Satz "iura novit curia" noch nicht zu entnehmen. Dies hat Waldner⁵⁰ für den Bereich des rechtlichen Gehörs überzeugend nachgewiesen. Seine Argumente - auf unsere Fragestellung übertragen - führen dazu, eine Parteieinflußnahme über Rechtsdispositionen nicht von vornherein als ausgeschlossen zu betrachten. Zutreffend stellt Waldner⁵¹ darauf ab, daß das Recht nichts Statisches ist; es wird erst durch die Auseinandersetzung im Prozeß gestaltend gewonnen.

Hierbei ist es unerlässlich, daß die Parteien nicht nur mit dem Tatsachenvortrag, sondern auch mit der bis dahin gebildeten Rechtsansicht zu Wort kommen. Das Verbot einer Überraschungsentcheidung gebietet zudem, ihre Ansicht ins Kalkül zu ziehen; dies ist aber nicht notwendig mit einer Bindung an eine einvernehmlich geäußerte Rechtsansicht gleichzusetzen.

Das Streben nach absoluter Richtigkeit des Richterspruchs, wie der BGH⁵² "iura novit curia" interpretiert, kann dem Grundsatz nicht entnommen werden. Andernfalls wäre es notwendig, zur Untersuchung überzugehen, wie auch Anerkenntnis- und Vergleichsmöglichkeit zu beseitigen.⁵³ Wie bei Tatsachendispositionen mag der Schaffung der Anerkenntnis-, Verzichts- und Vergleichsvorschriften auch die Vorstellung zugrundegelegen haben, nur über tatsächlich (nicht) bestehende Ansprüche würde disponiert werden. Doch geht diese Grundidee fehl, spricht man den Parteien die Fähigkeit ab, Rechtsfragen zutreffend zu würdigen. Gesteht man ihnen aber diese zu, ist ein Dispositionsrecht auf ihrer Seite nicht von vornherein auf den gesamten Anspruch beschränkt. Dies gilt umso mehr, als die Feststellung präjudizieller Rechte zu- meist einfacher ist, als die Beurteilung des gesamten Anspruches.

Daraus ergibt sich, daß "iura novit curia" parteilichen Rechtsdispositionen nicht zwingend entgegensteht.

4. Zwischenergebnis

Wie keine positive Normierung über die Zulässigkeit parteilicher Rechtsdispositionen zu finden war, steht einem solchen Verhalten der Parteien mit der Folge einer gerichtlichen Bindung hieran auch keine Vorschrift expressis verbis entgegen. Weder die Stellung des Richters noch der Grundsatz "iura novit curia" gebieten ein gegenteiliges Ergebnis. Dennoch hat unsere Untersuchung ein Resultat ergeben: Nur wenn eine Grundlage für die Rechtsdispositionen vorhanden ist, kann das Gericht gebunden wer-

den. Andernfalls spräche die Bindung des Gerichts an Gesetz und Recht gegen die Bindung parteilicher Rechtsdispositionen.⁵³ Diese Grundlage zu finden, ist das Anliegen der nachfolgenden Untersuchung.

Anmerkungen:

- 1) S. 270.
- 2) System I, § 31 IV, § 142 III; ähnlich Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, 20. Aufl., § 1032, Anm. I; Nikisch, ZPR, § 143 II 2; Dannenbring, ZZP 65 (1952), 136 ff.; Littauer, ZZP 55 (1930), 1 (3 ff.); Riedberg, S. 98 ff., 112 ff.; Thomas, S. 144; vgl. auch Wassermann, DRiZ 1984, 7 (9).
- 3) Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. IV 2 c; Wieczorek, ZPO, § 260, Anm. 2 e; Zöller-Stephan, ZPO, § 288 Rdnr. 2; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (18); Rosenberg, ZZP 49 (1925), 38 (39).
- 4) Zur gegenteiligen Ansicht Rödigs, Theorie, S. 252 ff., vgl. oben § 10 I 1 a und Grunsky, JZ 1974, 750 (752).
- 5) Siehe oben § 6 V, VI.
- 6) Vgl. auch die Ausführungen unten § 10 III 1 zu Zwischen- und Teildispositionen.
- 7) Ebenso Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (5 ff.); ders., JZ 1969, 482 (483); Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (209).
- 8) A. M. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. IV 2 e; Jauernig, ZPR, § 25 IV; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II, § 134 II 4.
- 9) Vgl. Hellwig, System I, § 31 IV, § 142 III; eingeschränkt Hegler, S. 270.
- 10) BB 1970, 1489 ff.; ders., BB 1971, 1421.
- 11) Einverständliches Parteihandeln, S. 18 ff.; Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, 20. Aufl., § 1034, Rdnrn. 1 ff.; vgl. auch Kessler, S. 16 ff.; Kornblum, S. 313.
- 12) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, 20. Aufl., § 1034, Rdnrn. 1 ff.

- 13) Berges, BB 1970, 1489 (1492). Er hält eine staatliche Billigkeitsentscheidung zumindest bei Dauerrechtsverhältnissen für gangbar. De lege ferenda sieht er aber auch ansonsten Vorzüge der Billigkeitsentscheidung gegenüber dem staatlichen "entweder - oder".
- 14) Gerner-Decker-Kauffmann, DRiZ, § 25, Rdnr. 1.
- 15) Löwe-Rosenberg-Schäfer, StPO, § 1 Rdnr. 2; Kissel, GVG, § 1, Rdnr. 1 m. w. N.; Schwab-Gottwald, S. 7.
- 16) Kissel, GVG, § 1 Rdnr. 1.
- 17) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 24 IV; vgl. auch Wassermann, DRiZ 1984, 7 ff.
- 18) Kissel, GVG, § 1, Rdnr. 9; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 24 IV 1, 2; Niebler, DRiZ 1981, 281 ff.; Pfeiffer, DRiZ 1981, 241 ff.
- 19) BVerfGE 12, 88.
- 20) BVerfGE 14, 70.
- 21) DRiZ 1981, 281 (285); vgl. auch Kissel, GVG, § 1 Rdnr. 11; Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd.IV/2, S. 525.
- 22) Niebler, DRiZ 1981, 281 (286).
- 23) Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd.IV/2, S. 525 ff.
- 24) BGHZ 51, 193.
- 25) Zur Bindung an Entscheidung anderer Gerichte vgl. BVerfGE 12, 67 ff.
- 26) Kissel, GVG, § 1, Rdnrn. 13, 39 ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 97., Rdnrn. 13 ff.; Schwab-Gottwald, S. 7, 8.
- 27) Lehrkommentar zur StPO, Teil I, Rdnr. 478; vgl. auch BGHZ 67, 184; Kissel, GVG, § 1 Rdnr. 11; Schwab-Gottwald, S. 7.
- 28) Würthwein, S. 89.
- 29) Zum Verhältnis des Wortlauts von Art. 20 III GG und § 1 GVG vgl. Kissel, GVG, § 1 Rdnr. 110 m. w. N.
- 30) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 20, Anm. VI, Rdnr. 36.
- 31) Schwab-Gottwald, S. 16.
- 32) Vgl. im einzelnen Kissel, GVG, § 1, Rdnrn. 110 ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 97, Rdnr. 5.

- 33) So im Ergebnis Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 9 ff.; Würthwein, S. 89 ff.
- 34) Kissel, GVG, § 175, Rdnr. 6; Kern-Wolf, Gerichtsverfassungsgesetz, S. 174; Kleinknecht-Mayer, StPO, § 175 GVG, Rdnr. 3; OLG Nürnberg, JZ 1969, 150 m. Anm. Sarstedt; vgl. auch Schwind, JR 1973, 139; Woesner, NJW 1955, 868.
- 35) Kissel, GVG, § 175, Rdnr. 6.
- 36) Kissel, GVG, § 175, Rdnr. 7 m. w. N.
- 37) S. 270.
- 38) Kissel, GVG, Einl. Rdnr. 154.
- 39) Ebenso Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (4).
- 40) Ebenso Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (4).
- 41) Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. IV 2 e; Jauernig, ZPR, § 25; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II, § 134 II; Rosenberg, ZRP 49 (1925), 38 (40); vgl. auch Meier, S. 24.
- 42) BGH, NJW 1958, 1968.
- 43) BGH, NJW 1958, 1968.
- 44) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (4); ihm folgend Häsemeyer, ZRP 85 (1972), 207 (209); Waldner, S. 66; Würthwein, S. 87 ff.; ebenso Blomeyer, ZPR, § 18 II.
- 45) Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128, Anm. IV 2; Wieczorek, ZPO, § 260, Anm. B III b; Hellmann, ZPR, § 295; R. Schmidt, ZPR, S. 336; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (18); Bayer, S. 63; Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 25, 70, 402; Rosenberg, ZRP 49 (1925), 38 (39).
- 46) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 II 4; Rosenberg, ZRP 49 (1925) 38 (40); BGH, NJW 1958, 1968; a. M. Förster-Kann, ZPO, § 268, Anm. 3; Planck, ZPR, S. 445; Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (4); RG, SeuffArch 70 (1915), 227; OLG Dresden, SeuffArch 76 (1921), 41.
- 47) Würthwein, S. 88.
- 48) Kaser, S. 86 (Fn. 32).
- 49) Kaser, S. 86 (Fn. 32), 273 (Fn. 11), 486.
- 50) S. 66; vgl. auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 103, Rdnr. 34, 36; BK-Rüping, GG, Art. 103, Rdnr. 42; Meyer-Ladewig,

SGG, § 62 Rdnr. 8; Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Arndt, NJW 1959, 1297 (1298); H. W. Müller, NJW 1953, 1659; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1025).

51) S. 67.

52) NJW 1958, 1968.

53) Häsemeyer, ZPR 85 (1972), 207 (222 ff.); Hegler, S. 239 ff., 266 ff; siehe oben. § 10 II 2 b.

III Beurteilung der Bindung an Rechtsdispositionen aus dem Gesamtzusammenhang des Zivilverfahrens.

Abgesehen von materieller Verfügungsfreiheit und tatsächlicher Parteifreiheit,¹ können sich aus der Verfahrensstruktur Anhaltspunkte ergeben, die zur Lösung unseres Problems beitragen würden. Die konkrete Ausgestaltung des Prozeßablaufs kann den Umfang zulässigen Parteiverhaltens mitbestimmen. Insbesondere ist hier auf die tatsächliche Möglichkeit zu Teildispositionen, sowie auf die Ausrichtung des Zivilverfahrens einzugehen.

1. Numerus clausus der Parteihandlungen

Findet sich keine unmittelbare oder mittelbare gesetzliche Grundlage für die Annahme einer Bindung an parteiliche Rechtsdispositionen, so schließt sich die Frage an, ob deswegen eine Bindungswirkung zwingend zu versagen ist. Ein numerus clausus der Parteihandlungen im Zivilverfahren existiert jedoch nicht.² Voraussetzung für die Zulassung nicht geregelter Parteihandlungen ist lediglich eine Übereinstimmung mit den Prozeßgrundsätzen und -zielen.³

Eine Konformität mit den Prozeßgrundsätzen und der Prozeßstruktur haben die vorstehenden Ausführungen bereits ergeben. Lediglich die Frage der Rechtsgrundlage für eine etwaige Bindung bleibt im Hinblick auf die Bindung des Richters am Gesetz und Recht noch zu untersuchen.⁴

2. Möglichkeit zu Teildispositionen

Die gesetzlich eingeräumten Dispositionsmöglichkeiten - Anerkenntnis (§ 307 ZPO), Verzicht (§ 306 ZPO), Versäumnisurteil (§§ 331 ff. ZPO), Vergleich (§ 794 I Nr. 1 ZPO) und einvernehmliche Erledigungserklärung (§ 91 a ZPO) - führen jeweils zur Vollbeendigung des gesamten Verfahrens. Betroffen ist jeweils der oder ein geltend gemachter Anspruch in seiner Gesamtheit. Die Möglich-

keiten eines Teilanerkennnisses, wie allgemein einer Teildisposition, ist diesen Vorschriften nicht zu entnehmen.⁵

Bsp.: Der Kläger verlangt vom Beklagten die Herausgabe einer Schreibmaschine und Entschädigung für zwei Monate Nutzungsausfall. Hier kann der Beklagte den Herausgabeanspruch anerkennen und die Verpflichtung zum Ersatz von Nutzungsausfall bestreiten. Denn es liegt eine objektive Klagenhäufung vor. Das Anerkennen eines von mehreren Ansprüchen stellt kein Teilanerkennnis dar. Anderes gälte, wollte der Beklagte die Nutzungsausfallentschädigung für nur einen Monat (nicht Kalendermonat) anerkennen.

Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß der Zivilprozeß Möglichkeiten bietet, die "Teilanerkennnisse" als Vollanerkennnis auszugestalten. Den Parteien steht es frei, über einzelne präjudizielle Rechtsfragen einen Zwischenstreit (§ 256 II ZPO) anzustrengen; in diesem Zwischenverfahren können sie anerkennen und sich vergleichen. Darüber hinaus ist ein Teilvergleich auch ohne Zwischenstreit zulässig.⁶

Bsp.: Die Parteien streiten um Nachbesserung eines vom Beklagten erstellten Hauses, das der Kläger schlüsselfertig erworben hatte. Sie wollen nicht vom werkvertraglichen Gewährleistungsrecht ausgehen.⁷ Der Beklagte kann nun nicht ohne weiteres anerkennen, unter den Parteien sei ein Kaufvertrag geschlossen worden. Es ist aber ohne weiteres möglich, eine Zwischenfeststellungsklage zu erheben,⁸ mit dem Antrag, festzustellen, daß zwischen den Prozeßparteien ein Kaufvertrag geschlossen worden war. In diesem Verfahren kann der Beklagte gem. § 307 ZPO nunmehr anerkennen. Da die Zwischenfeststellungsklage stets einen eigenen, selbständigen prozessualen Anspruch verfolgt, betrifft ein etwaiges Anerkenntnis diesen als ganzen.

Aber auch ohne Zwischenverfahren können die Parteien die Rechtsnatur des geschlossenen Vertrages in einem Teil- oder "Zwischenvergleich"¹⁰ dahingehend regeln, daß ein Kaufvertrag gegeben sei. Zwar ist die Rechtsnatur eines solchen Vergleichs umstritten; überwiegend verneint man einen Prozeßvergleich, da das Verfahren nicht einmal teilweise erledigt wird.¹¹ Einigkeit besteht jedoch über dessen Bindungswirkung.¹²

All diese Verfahrensmöglichkeiten werden nicht in Zweifel gezogen. Doch bestehen zu unserer Fragestellung Unterschiede. Bei bloßen Rechtsdispositionen der Parteien wird weder ein im Wege der

Zwischenklage geltend gemachter Anspruch anerkannt, noch wird über ein Recht im Wege einer auch materiellen Gestaltung verfügt. Die Parteien weisen den Richter nur in einer bestimmten Richtung an, von ihrer Rechtsmeinung auszugehen. Für die Zulässigkeit solchen Parteiverhaltens bieten die vorliegenden Verhaltensmöglichkeiten keinen Anhaltspunkt.

Bei einem Zwischenstreit oder Zwischenvergleich ist den Parteien ein weiterer Übereilschutz - jedenfalls in der Regel - gegeben. Durch die zur Erreichung der besonderen Prozeßlage erforderlichen Handlungen und weitere richterliche Aufklärung ist eine Überlegungsmöglichkeit eingeräumt.

3. Zwischenergebnis

Die Struktur unseres Zivilverfahrens läßt Teildispositionen der Parteien zu. Diese sind aber nur im Wege von Zwischenverfahren oder durch parteiliche Rechtsgestaltung möglich. Für die Bindung einfacher - wenn auch einvernehmlicher - Rechtserklärungen bieten diese keine Grundlage.

Die Bindung von Rechtsdispositionen ist aber andererseits nicht wegen einer Verpflichtung des Gerichts zu richtiger Entscheidung ausgeschlossen.

Anmerkungen:

- 1) Dazu unten § 11.
- 2) H. M.; vgl. Arens, Willensmängel, S. 86; Baumgärtel, Wesen, S. 197 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 8 ff.; Schiedermaier, Vereinbarungen, S. 46 ff.; Würthwein, S. 85.
- 3) Schiedermaier, Vereinbarungen, S. 56 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 8 ff.
- 4) Siehe oben § 10 II 2 b.
- 5) Siehe oben § 10 I 3; modifizierend Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 7. Nach letzterer Auffassung geht die Formel eines "unumschränkten" Anerkenntnisses ohne Einschränkungen oder Vorbehalte, zu weit.
- 6) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (5); Bonin, Prozeßvergleich, S. 20 ff.; Brehm, S. 98.
- 7) Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. zuletzt BGH, NJW 1981, 2345; BGH, NJW 1982, 2243), liegt, auch wenn das Haus schon erstellt ist, ein Werklieferungsvertrag vor.
- 8) Dazu E. Schneider, MDR 1973, 270.
- 9) RG, JW 1932, 650; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 99 III 4.
- 10) Bonin, Prozeßvergleich, S. 24 ff.
- 11) KG, NJW 1974, 912; 11; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Anh. zu § 307, Anm. 2 A; Zöllner-Stöber, ZPO, § 794, Rdnr. 3; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 132 I 5; Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (210); offen Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (5).
- 12) Bonin, Prozeßvergleich, S. 20 ff.

§ 11 Herleitung der Rechtsdisposition aus anderen Grundsätzen (Privatautonomie; Parteifreiheit)

Das Verfahrensrecht enthält weder positiv noch negativ eine Entscheidung betreffend parteiliche Rechtsdispositionen. Zwar gibt es einzelne Möglichkeiten, über einen geltend gemachten Anspruch insgesamt zu disponieren;¹ doch ist die analoge Anwendung dieser Vorschriften auf Rechtsdispositionen nach unserem Verständnis ausgeschlossen. Die erforderliche Rechtsgrundlage² für eine Bindung des Gerichts hieran kann sich mithin nur noch aus der Privatautonomie (bzw. ihrer Fortsetzung in den Prozeß) oder der tatsächlichen Parteifreiheit ergeben.

I Vorbemerkung

1. Begriffsklärung

Zunächst ist es erforderlich, die tatsächliche Parteifreiheit von der Privatautonomie abzugrenzen. Würthwein³ betrachtet letztere als Überbegriff verschiedener Parteifreiheiten, u. a. auch der tatsächlichen Parteifreiheit. Er untergliedert die Privatautonomie in drei Teilbereiche:

- die materiellrechtliche Gestaltungsfreiheit der Parteien;
- die Freiheit der Rechtsdurchsetzung, mit der Befugnis auf Rechte zu verzichten, sie anzuerkennen oder sich zu vergleichen;
- die tatsächliche Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie ihre Rechte durchsetzen wollen.

Von anderer Seite erfolgt - bewußt oder unbewußt - keine derartige Zusammenballung von Begriffsinhalten unter dem Schlagwort der Privatautonomie. Nur die materielle Gestaltungsfreiheit wird ihr untergeordnet.⁴

a) Die Privatautonomie

"Kein Gesetzgeber" ist "imstande ..., die Mannigfaltigkeit des Lebens zu überschauen".⁵ Demzufolge werden dem einzelnen Freiräume eingeräumt, innerhalb derer er seine Lebensbeziehungen nach Gutdünken gestalten kann.⁶

Dieses Verständnis der Privatautonomie bestärkt Würthweins Ansicht, daß die gesamte Freiheit der Selbstbestimmung von diesem Begriff umfaßt ist. So begrenzt auch die überwiegende Ansicht Privatautonomie nicht auf rechtsgeschäftliche Autonomie;⁷ daneben faßt man zudem das "Handeln und Sein des Menschen in Wahrnehmung seiner natürlichen Bewegungsfreiheit"⁸ darunter. Jedoch muß eine Einschränkung insoweit erfolgen, als die Rechtsordnung im Einklang mit dem geäußerten Willen der Betroffenen Rechtsfolgen anordnet. Die bloß faktische Möglichkeit der Verhaltenssteuerung zur Vermeidung von Rechtsfolgen genügt nicht.⁹ Dies bedeutet wiederum, daß auch Durchsetzung oder Verzicht auf Rechte nach eigenem Ermessen zur Privatautonomie zu rechnen ist. Denn sie umfaßt willentliche¹⁰ Selbstgestaltung;¹¹ sie beinhaltet eine "Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsfolgen".^{12, 13}

Der Überwiegenden Ansicht¹⁴ ist gewiß zuzustimmen, daß eine Begrenzung der Privatautonomie auf das Schuldrecht zu eng wäre. Dies bestätigt bereits deren Rechtsgrundlage, die in der Verfassung,¹⁵ in bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, die auf eine freie Gestaltung von Vertragsbeziehungen gerichtet sind¹⁶ und - eingeschränkt - auch arbeitsrechtlichen Normen¹⁷ zu sehen ist. Privatautonomie ist der rechtliche Ausdruck der Selbstbestimmung in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung.¹⁸ Sie ist Ausfluß von Art. 2 I GG¹⁹ und hat in einzelnen Vorschriften des materiellen Rechts (z. B. § 305 BGB) ihren Niederschlag gefunden. Dennoch, der Begriff der Privatautonomie ist bereits rechtlich eingefärbt. Dies bestätigen die Aussagen, sie beinhalte die Bereiche der Vertragsfreiheit, der Vereinigungs- und Satzungsfreiheit,²⁰ der Eigentums-

freiheit, der Testierfreiheit, sowie der Institution subjektiver Rechte.²¹ Demgegenüber wird die freie Gestaltung der Lebensverhältnisse zumeist mit dem Begriff der "Handlungsfreiheit" (oder tatsächlicher Freiheit) umschrieben. Diese Unterscheidung soll im folgenden beibehalten werden. Die Zusammenfassung beider Bereiche unter einem Begriff wäre zumindest verwirrend.

Die Kuriosität einer Zusammenfassung der tatsächlichen Parteifreiheit unter der Privatautonomie zeigt sich bei Würthwein. Er lehnt einerseits die Privatautonomie als Grundlage von Verfahrensdispositionen ab,²² andererseits soll aber die tatsächliche Parteifreiheit - ein "Ausfluß der Privatautonomie" - die Zulassung bindender Rechtsdispositionen begründen.²³

Mit Larenz²⁴ wollen wir unter Privatautonomie nur die Möglichkeit zur selbstverantwortlichen Regelung der Lebensbeziehungen zu Dritten und in der Gemeinschaft durch Eingehen von Verpflichtungen und Abgabe von rechtserheblichen Erklärungen verstehen. Eine so verstandene Privatautonomie ist nur der erste Punkt einer übergeordneten Freiheit, deren weiterer Teilbereich die Befugnis ist, auf Rechte zu verzichten oder sie anzuerkennen. Allein insoweit kann von einer (rechtlichen) Gestaltung der Lebensverhältnisse gesprochen werden.

b) Die tatsächliche Parteifreiheit

Die tatsächliche Parteifreiheit umschreibt die Befugnis des einzelnen über die Durchsetzung seiner Rechte frei zu entscheiden.²⁵ Es steht in seinem Belieben, einen säumigen Schuldner zur Leistung anzuhalten, ihn zu mahnen, ihn gegebenenfalls zu verklagen. In dessen Ermessen liegt es wiederum, sich verklagen zu lassen oder zu erfüllen. Der Schuldner kann nach Gutdünken einen nichtigen Vertrag "erfüllen"; derartige Leistungen sind regelmäßig nicht kondizierbar (§§ 814, 815, 656 I, II, 762 I, II BGB). Dieses "rein faktische Verfügungsrecht über ihre Rechte"²⁶ wird als Folge eines mangelnden öffentlichen Interesses an der Durchsetzung privater Rechte angesehen.²⁷

Solche Freiheit ist - entgegen Würthwein²⁸ - kein Teilaspekt der Privatautonomie. Beide stehen gleichberechtigt nebeneinander. Gemeinsam ist ihnen nur die Rechtsgrundlage (Art. 2 I GG), deren Ausfluß sie sind.

2. Die Argumentation aus diesen Grundsätzen

Einige Beispiele im folgenden mögen verdeutlichen, inwiefern die genannten Gesichtspunkte zur Rechtfertigung einer parteilichen Verfahrensdisposition in Rechtsfragen herangezogen werden können.

Bsp. 1: Der Käufer eines PKW kann dessen Herausgabe vom Verkäufer verlangen. Wird diese verweigert, steht der Klageweg offen. Voraussetzung ist aber jeweils ein gültig abgeschlossener Kaufvertrag. Vor Vertragsschluß hätte eine Herausgabeklage keine Erfolgsaussichten.

Die geschilderte Situation ist eindeutig. Doch die Privatautonomie scheint ein Schlupfloch zu lassen. Die "Vertragsparteien" sind frei, den Kaufabschluß zu tätigen. Der Kaufvertrag kann konkludent mit der widerspruchslosen Herausgabe des PKW, auf ein verfrühtes Verlangen hin, geschlossen werden. Aus dieser Lage, auf das Prozeßverfahren übertragen, wird geschlossen, daß es den Parteien auch gestattet sein muß, das Gericht anzuweisen, von einem Kaufvertrag auszugehen und nach dieser Grundlage zu entscheiden, wie sie ohne vorgehenden²⁹ Vertrag den "Herausgabeanspruch" "erfüllen" können. Dies bedeute nur eine Fortsetzung der materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit im Prozeß.

Von dieser Argumentation differiert die Begründung aus der tatsächlichen Parteifreiheit:

Bsp. 2: Der Kläger hat mit dem Beklagten einen Kaufvertrag über einen PKW geschlossen. Letzterer verweigert die Herausgabe des KFZ. Diese macht der Kläger nun auf gerichtlichem Weg geltend.

Dieser Ablauf ist keineswegs zwingend. Bestehende Ansprüche müssen in aller Regel nicht klageweise verwirklicht werden,³⁰ sollten

sie nicht freiwillig erfüllt werden. Der Anspruchsinhaber ist frei in seiner Entscheidung, ob er sein Recht einklagen oder auf sich beruhen lassen will.

Das fehlende rechtliche Interesse an der klageweisen Rechtsdurchsetzung nimmt man auch dafür in Anspruch, daß die Parteien letztlich allein den Inhalt des Zivilverfahrens bestimmen können.³¹ Die Argumentation, "wenn die Parteien ganz und gar auf die Rechtsverfolgung verzichten können", müsse "es ihnen erst recht möglich sein, ... den Weg ihrer Rechtsverfolgung festzulegen und durch Dispositionen im Rahmen des Verfahrens auf die Streitlösung Einfluß zu nehmen ...",³² wird aber dann bedenklich, wenn infolge des Parteiverhaltens sich der Prozeß nicht mehr als Rechtsverfolgung, sondern als Rechtsgestaltung darstellt. Hierfür stellt der Staat die Klagemöglichkeit gerade nicht zur Verfügung.

Anmerkungen:

- 1) Hierunter fallen auch sog. Zwischendispositionen (Anerkenntnis im Zwischenverfahren; Teilvergleich), s. o. § 12 III 1.
- 2) Siehe oben § 10 II 2 b.
- 3) S. 98, Fn. 2; ähnlich Henckel, Prozeßrecht, S. 136 ff.; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 113 ff.; Costede, ZJP 82 (1969), 438 (455 ff.).
- 4) So z. B. Häsemeyer, ZJP 85 (1972), 207 (209 ff.); undeutlich Grunsky, ZJP 88 (1975), 49 (61).
- 5) Heck, Schuldrecht, S. 6.
- 6) Münch-Komm - Säcker, BGB, Einl. Rdnrn. 128 ff. (133); Palandt-Heinrichs, BGB, 68. v. § 104, Anm. 1 a; Einf. v. § 145, Anm. 3; Staudinger-Dilcher, BGB, v. § 104, Rdnr. 5; Larenz, BGB-AT, § 2 II; ders., Schuldrecht-AT, § 4.
- 7) Vgl. Bydlinsky, Privatautonomie, S. 114 ff. m. w. N.
- 8) Merz, S. 3 Fn. 3.
- 9) Bydlinsky, Privatautonomie, S. 116; Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 68; Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes (1904).

- 10) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten (1939), S. 183; Lukes, Der Kartellvertrag (1959), S. 6 (Aufstellungsermächtigung betreffend rechtlich.gewährleisteter Gebote).
- 11) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 3, 102, 117, 138, 143, 415, 468.
- 12) Bydlinski, Privatautonomie, S. 115.
- 13) Auch die weiterhin genannten Definitionen bestätigen dies, wenn unter Privatautonomie alle "typisierten" oder "normierten" Willenserklärungen im Raum in dem die objektive Wertung der Rechtsordnung entscheidet (Flume, AcP 161 (1962), 52 ff.), oder der Gegensatz zu den Verkehrsstörungen (v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936), S. 72 ff.), verstanden wird. Vgl. auch Lukes, Kartellvertrag, S. 6; Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen (1958), S. 106.
- 14) Bydlinski, Privatautonomie, S. 114 ff.; Merz, S. 3.
- 15) BVerfGE 8, 274 (328); BVerfGE 9, 237 (249); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 2, Rdnr. 53; Bettermann-Nipperdey, Bd. IV/2, S. 887.
- 16) Staudinger-Dilcher, BGB, vor § 104, Rdnr. 5.
- 17) Staudinger-Dilcher, BGB, vor § 104, Rdnr. 5 ff.; Richardi, ZfA 1974, 10.
- 18) BVerfGE 12, 347; BAGE 4, 280; Schmidt=Salzer, NJW 1970, 8; ders., NJW 1971, 5, 173.
- 19) Vgl. die Nachweise oben Fn. 15.
- 20) Staudinger-Coing, BGB, vor § 21, Rdnrn. 36, 38, 42.
- 21) Staudinger-Dilcher, BGB, vor § 104, Rdnr. 5; ähnlich Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl. v. § 104, Anm. 1 a.
- 22) Würthwein, S. 98 ff.
- 23) Würthwein, S. 103 ff. mit Fn. 23.
- 24) BGB-AT § 2 II.
- 25) Vgl. Würthwein, S. 103, Vgl. auch Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.
- 26) Würthwein, S. 103.
- 27) Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.; vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 101 ff., 113 ff.
- 28) S. 98, Fn. 2, S. 103, Fn. 23.

- 29) Von der Konstruktion eines konkludenten Vertragsschlusses um eine juristische Sekunde vorher, sei vorliegens abgesehen.
- 30) Zu den Ausnahmen vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 137 ff.
- 31) Würthwein, S. 104.
- 32) Würthwein, S. 104.

II Motivation für rechtliche Verfahrendispositionen

Vor der Untersuchung, inwieweit die gefundenen Grundsätze eine parteiliche Verfahrendisposition in Rechtsfragen tragen, sollen die Motive der Parteien, die sie zu derartigen Verhalten veranlassen hinterfragt werden. Bereits hieraus können sich Anhaltspunkte für oder gegen die Annahme bindender Rechtserklärungen der Parteien ergeben.

Eine eingehendere Untersuchung ließ bisher - soweit ersichtlich - nur Würthwein¹ den Motiven für Rechtsdispositionen angedeihen. Seinen Ergebnissen kann aber nur eingeschränkt gefolgt werden:

Würthwein unterscheidet - in Kenntnis der Unschärfe der Abgrenzung² zwischen Wissens- und Wollenserklärungen. Disponieren über einfache Rechtsfragen sei eine Wissenserklärung. Die Parteien seien von der Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung überzeugt und teilten dies dem Gericht mit. Bezweckt werde damit eine Verfahrensbeschleunigung.³ Bei schwierigen Rechtsfragen nähmen die Parteien bewußt vom materiellen Recht Abstand. Dies könne - wie die Motive zur Tatsachendisposition zeigten⁴ - auch auf "moralisch hochstehenden Gründen" beruhen.⁵

Die Trennung der Verfahrendispositionen in Wissens- und Wollenserklärungen ist nicht nachvollziehbar. Ein positives Wissen der Parteien um ein Recht ist nicht anzuerkennen. Das Recht ist nicht statisch und unveränderlich;⁶ es ist nicht wie ein Vorgang der Außenwelt erfahrbare. Zu viele Einzelfaktoren bestimmen sein Vorliegen. Eine - wenn auch anwaltschaftlich vertretene - Partei kann allenfalls eine Rechtsauffassung besitzen. Daran ändert die beschränkte Sicht Würthweins auf sog. einfache Rechtsfragen nichts. Auch und gerade hier sind die Parteien am nachlässigsten, wie die Beispiele Miete und Leihe, Besitz und Eigentum belegen,⁷ die umgangssprachlich teilweise synonym verwendet werden. Soll der Richter im Falle einer Erklärung, die Schreibmaschine - wie behauptet - geliehen zu haben, von der Leihe ausgehen, obwohl er aus dem gesamten Sachverhalt erkennt, es liegt eine Miete vor? Vom Standpunkt der Wissenserklärung wäre die bejahende Antwort allein konsequent.

Aus allem ist nur zu schließen, daß der Grund der Disposition davon verschieden ist, ob die "gestehende" Partei von der Richtigkeit der Erklärung überzeugt ist oder nicht. An der Natur der Verfahrensdisposition ändert sich nichts.

Damit ergibt sich für die Frage nach den Motiven eine doppelte Antwort. Endziel ist jeweils die Beschleunigung des konkreten Verfahrens. Der Streit soll auf einzelne wesentlich erscheinende Punkte begrenzt werden. Unwesentliches bleibt ausgelammert, sei es, daß die Parteien dies als eindeutig gegeben erachten oder sich lediglich nicht darauf berufen wollen.

An dieser Zielrichtung ist grundsätzlich noch keine Kritik zu üben. Auch hier gilt der Satz, daß eine - schnelle und weitgehend richtige - Entscheidung doppelt hilft.⁸ Doch steht die Motivation der Parteien noch auf einem zweiten Bein. Würthwein⁹ verweist auf die leitenden Gründe für eine Tatsachendisposition. Diese sollten hier gleichermaßen Geltung beanspruchen können. Die Motive einer Tatsachendisposition spielen mittelbar eine Rolle. Die Bloßstellung der anderen Partei durch eine bestimmte Tatsache mag deren Vortrag unterbleiben lassen. Folge ist dann die Unschlüssigkeit bzw. mangelnde Substantiierung des eigenen Vortrags. Erst dieser Umstand mag dann für die andere Partei leitend sein, im Gegenzug das (präjudizielle) Recht anzuerkennen. Hinzu kommen weitere mögliche Umstände, wie z. B. trotz Formunwirksamkeit (§ 313 S. 1 BGB) zu seinem Versprechen stehen zu wollen¹⁰ oder den bestehenden Streit nicht durch eine Behauptung des Mehrverkehrs der geschiedenen Ehefrau in einem Unterhaltsprozeß eines - nach der Empfängniszeit geborenen - Kindes gegen den geschiedenen Ehemann vertiefen zu wollen.¹¹

Wenngleich auch hier mißverständliches Verhalten nicht auszuschließen ist, stehen den Parteien möglicherweise achtenswerte Motive für Rechtsdispositionen zur Seite. Eine Bindung an einvernehmliche Erklärungen erscheint von daher noch nicht ausgeschlossen.

Anmerkungen:

- 1) S. 79 ff.
- 2) Würthwein, S. 81; vgl. auch Blomeyer, ZPR, § 62 IV, Nikisch, ZPR, § 66 I 2.
- 3) Würthwein, S. 79.
- 4) Würthwein, S. 80, 40 ff.
- 5) Würthwein, S. 80.
- 6) Wie hier Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307 Anm. I 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 7; Arens, Willensmängel, S. 215 ff.; a. M. noch Rosenberg, ZPR, § 131 I 6 a.
- 7) Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 78. Es mag hier noch offen bleiben. inwieweit die genannten Begriffe als Rechtsfrage aufzufassen sind. Dazu vgl. unten § 12 II.
- 8) Siehe oben, § 6 IV 1 b (2).
- 9) S. 80, 40 ff.
- 10) Vgl. Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (7); BGH, JZ 1969, 102.
- 11) Vgl. Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (7).

III Rechtsdispositionen aus der Privatautonomie

Die Frage nach der Rechtfertigung prozessualer Rechtsdispositionen aus der Verfügungsfreiheit ist eng mit der Frage verknüpft, ob ein Verweisen an eine materielle Verfügung einen unnötigen Umweg bedeutet.¹ Diese Meinungen setzen eine Kongruenz von materieller und prozessualer Verfügungsfreiheit voraus. Es muß eine Fortsetzung der Privatautonomie in das gerichtliche Verfahren bestehen oder doch im Prozeß eine vergleichbare Freiheit nachzuweisen sein. Ein Umweg über das materielle Recht bestünde nur dann, wenn die Ergebnisse einer prozessualen Disposition in Inhalt und Umfang mit dem Resultat materieller Verfügungen sich deckten. Wie sich gezeigt hat,² hilft die Auslegungsregel "in dubio pro libertate"³ allein noch nicht weiter.

Damit ist auch der weitere Gang unserer Untersuchung festgelegt. Zunächst gilt das Augenmerk der Frage, ob die Privatautonomie im Prozeß eine Entsprechung findet. Sodann ist auf den Inhalt der prozessualen Parteifreiheit abzustellen. Das Zusammenspiel materieller und prozessualer Parteifreiheit, sowie deren Kongruenz ist zu untersuchen.

1. Fortsetzung der Privatautonomie im Prozeß

"Aus dem Prozeßrecht ergibt sich kein öffentliches Interesse, das der grundsätzlichen Übernahme der materiellrechtlichen Herrschaft der Parteien über ihre Rechtsverhältnisse in den Bereich des Prozesses und seine Formen entgegenstehen würde. Die materiellrechtliche Parallele dieser prozessualen Dispositionsbefugnis ist die Privatautonomie". Mit diesen Worten schließt Wolf⁴ - ausgehend von der dienenden Natur des Prozesses - auf eine der materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit entsprechende prozessuale Dispositionsmöglichkeit. Hier wie dort könnten die Parteien im Rahmen des materiellen Rechts ihre Rechtsbeziehungen gestalten und über ihre Rechte verfügen.

Dieser Schluß - mag man ihn als Fortsetzung der Privatautonomie in den Prozeß oder als Bestehen einer der Privatautonomie entsprechenden prozessualen Freiheit verstehen - ist jedoch nicht zwingend. Die "Idee des freiheitlichen Privatrechts"⁵ erfordert nicht denotwendig die Möglichkeit zu einer Einflußnahme der Parteien auf die Urteilsgrundlagen im Zivilverfahren.⁶ Diese Überlegung gilt entsprechend für dessen rechtliche Seite. Die Funktion des Verfahrens als Hilfsmittel zur Rechtsdurchsetzung nötigt zu keiner anderen Beurteilung. Denn Rechtsdurchsetzung kann nicht mit Rechtsgestaltung gleichgesetzt werden. Zur Wahrung der eigenen Rechtsposition ist es nicht notwendig, diese im Verfahren noch zu gestalten.⁷

Mit der Ablehnung einer denotwendigen prozessualen Verfügungsfreiheit der Parteien wird aber auch anerkannt, daß deren Dispositionsmöglichkeit der Privatautonomie am besten entspricht.⁸ Auch diese Aussage beansprucht für den Rechtsbereich Gültigkeit. Die Privatautonomie läßt die Rechtsgestaltung auf dem Wege des materiellen Rechts zu. Diesen Weg müßten die Parteien im Zivilverfahren gegebenenfalls einschlagen. Könnten sie aber unmittelbar disponieren, wäre ein Umweg (möglicherweise) zu vermeiden.

Die Frage bleibt, ob die Verweisung auf das materielle Recht tatsächlich einen Umweg bedeutete. Dies ist dann der Fall, wenn Privatautonomie und Verfahrensd disposition sich decken, wenn auf beiden Wegen das erzielte Ergebnis dasselbe wäre. Die Verfahrensd disposition muß in Tragweite und Wirkung einer materiellen Verfügung entsprechen.⁹

2. Kongruenz materieller und prozessualer Verfügungsbefugnis

Für den Fall der Rechtsdispositionen und ihrer Entsprechung mit dem materiellen Recht wird zumeist behauptet, die Verfahrensd dispositionen seien jedenfalls soweit zulässig, als die materielle Verfügungsfreiheit reicht.¹⁰ Eine Dispositionsmöglichkeit der Parteien sei ohnehin mit Anerkenntnis-, Verzichts- und Vergleichsmög-

lichkeit, sowie der Freiheit ein Versäumnisurteil ergo- hen zu lassen, gegeben.¹¹

Eine dezidierte Untersuchung dieses Problemkreises findet sich allein bei Häsemeyer.¹² Dessen Verdienst ist eine klare Herausarbeitung der beiden Hauptfragen: Besteht eine Zweckbezogenheit des Prozesses auf das materielle Recht und - sofern sich eine solche ergibt - wie sind die Ergebnisse materieller Dispositionen und der Verfahrensabreden zueinander in Beziehung zu setzen?

a) Zweckbezogenheit des Prozesses

Der Umfang zulässiger Rechtsdispositionen wird durch die Bezogenheit des Prozesses auf das materielle Recht bestimmt.¹³ Das Zivilverfahren hat eine dienende Funktion. Es ist weitgehend an das materielle Recht angelehnt. Bereits Hegler¹⁴ betonte, weite Dispositionsmöglichkeiten führten "Gedanken ein, welche zu dem Prozeßzweck in keiner Verbindung stehen, welche daher auch für den Prozeß und seine Normierung nicht von maßgebendem Gewicht" sein könnten.

Nach unserem Prozeßzweckverständnis ist das Zivilverfahren auf den Schutz subjektiver Rechte und dadurch auf die Bewährung des objektiven Rechts gerichtet.¹⁵ Dieser Intention widersprechen die bestehenden Möglichkeiten zur Tatsachen- und Rechtsdisposition jedoch nicht. Ihnen liegt die Vorstellung zugrunde, nur real bestehende Tatsachen oder Rechte würden zugestanden oder anerkannt, nur auf nicht bestehende würde verzichtet werden. Damit dienen die Dispositionen auch der Richtigkeitsgewähr.¹⁶ Darüber hinaus wird die dienende Natur des Verfahrens im Bestreben sichtbar, den Parteien nicht mehr Rechtsmacht einzuräumen, als dies nach materiellem Recht der Fall ist. Anerkenntnis- und Verzichtsfolgen werden am Maßstab der Sittenwidrigkeit und dem Zweck der Gesetze¹⁷ gemessen. Wie die Urteilsfindung dazu dient, zu untersuchen, ob das klägerische Begehren eine Grundlage in der Rechtsordnung findet,¹⁸ so muß sich die im Anerkenntnisurteil ausgesprochene Rechtsfolge¹⁹ auch am materiellen Recht beurteilen lassen.

Solche Zweckrichtung wird auch von den Befürwortern einer weiten Dispositionsmöglichkeit der Parteien - nahezu einhellig - bejaht.²⁰ Die Schranken des materiellen Rechts werden teils in den Prozeß transponiert, teils wird die gezogene Grenze anders umschrieben. Der von Baur²¹ angeführte ordre public beinhaltet so z. B. ein Verbot sitten- oder gesetzeswideriger Vereinbarungen eo ipso.

Mit der Feststellung einer Zweckbezogenheit des Zivilverfahrens auf das materielle Recht wird zugleich einer unbeschränkten Dispositionsmöglichkeit der Parteien eine Absage erteilt. Eine solche ergäbe sich nur dann, wollte man die Grenzen einer Parteidisposition prozessual bestimmen. Nur dann wäre der Schluß a maiore ad minus von der Anerkenntnismöglichkeit auf die Befugnis auch einzelne Vorfragen "zugestehen" zu können zwingend.²² Ein solches Verständnis führte aber zu einer Rechtfertigung des Verfahrens aus sich selbst; diese Zweckauffassung, die Luhmanns²³ soziologischem Prozeßzweckverständnis entspricht, wurde aber bereits abgelehnt.²⁴

Erkennt man die dienende Funktion des Prozesses an, so ist das Prozeßrecht im Lichte des materiellen Rechts zu sehen.²⁵ Es gilt nicht, wie Baur²⁶ meint, im Prozeßverfahren gesetzgeberische Wertungen zu ersetzen, sondern das materielle Recht zu verwirklichen. Aus diesem Verständnis folgt das Bemühen, Wertungswidersprüche zwischen den beiden Rechtsgebieten²⁷ zu vermeiden. Zwingendes materielles Recht darf nicht umgangen werden.²⁸

b) Kongruenz zwischen materieller Verfügungsfreiheit und prozessualer Dispositionsbefugnis

Nach dem Vorstehenden bleibt die Frage, ob die materiellen Verbote und Beschränkungen, aber auch die damit verbundenen Freiheiten der Parteien gleichsam selbstverständlich auch im Verfahren gelten. Denkbar wäre zudem die Anwendung eines differenzierten Nichtigkeitsmaßstabes²⁹ (Amts- und Parteinichtigkeit).³⁰ Letzterenfalls dürfte aber ebenso der Akzent zur materiellen Verfügungsfreiheit nicht verschoben werden.

(1) Ausgangspunkt

Läßt man Dispositionen über Rechtsfragen mit bindender Wirkung für das Gericht zu, so kann damit etwas erreicht werden, was nach dem materiellen Recht nicht möglich wäre. Nicht einmal die Mindestanforderungen an die Wirksamkeit von Rechtshandlungen wären gewährleistet. Die Überprüfung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ist ebensowenig möglich, wie der Nachweis eines Verstoßes gegen gesetzliche Verbote.³¹ Diese Folge besteht aber auch beim Anerkenntnis gem. § 307 ZPO. In konsequenter Durchführung der gesetzlichen Regelung wird damit ein Prüfungsausschluß bedingt.

Bsp. 1: Der Kläger verlangt die Rückzahlung eines dem Beklagten gewährten Darlehens nebst den angefallenen Zinsen. Die Darlehenssumme war mit 7 % per Monat zu verzinsen. Erkennt der Beklagte an, so hat der Richter auf Antrag die volle Summe im Wege eines Anerkenntnisurteils zuzusprechen.³²

Bsp. 2: Der Kläger verlangt die Auflassung eines vom Beklagten privatschriftlich gekauften Grundstücks. Beide gehen von der Formwirksamkeit des Vertrages aus; der Beklagte behauptet lediglich, die Auflassung sei erst nach Kaufpreisentrichtung geschuldet. Wäre diese Disposition statthaft, hätte der Richter von einem wirksam geschlossenen Kaufvertrag auszugehen. Die Einhaltung zwingender gesetzlicher Normen wäre nicht überprüfbar.

Bsp. 3:³³ Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Freistellung von Bauhandwerkerforderungen. Sie hatte mit dem Beklagten einen sog. Bauträgervertrag abgeschlossen, wonach sich dieser verpflichtete, der Klägerin ein Haus in Schwarzarbeit zu erstellen. Die Parteien hatten einen Festpreis vereinbart. Der Beklagte könnte die Freistellung anerkennen und das Gericht an einer Überprüfung eines Verstoßes gegen gesetzliche Verbote hindern. Eine so weitgehende Erklärung wäre aber nicht erforderlich, könnten die Parteien einvernehmlich und bindend vortragen, der Bauträgervertrag sei wirksam. Dann dürfte das Gericht ebenso nicht auf das gesetzliche Verbot (Gesetz zur Verhinderung der Schwarzarbeit) abstellen.

In all diesen Fällen könnte die Einhaltung der zwingenden Gesetzesvorschrift vom Gericht nicht nachgeprüft werden, wollte man bindende Parteidispositionen über rechtliche Vorfragen anerkennen. Nichteinmal die gesetzgeberische Intention bei Einführung der materiell zwingenden Vorschrift wäre überprüfbar.³⁴ Eine Zweckbezogenheit des Prozesses, die wir gerade bejaht haben, wäre angesichts dieses Verständnisses völlig beseitigt.

Die genannten Beispiele stellen keine Einzelfälle dar. Sie ließen sich beliebig fortsetzen. Die aufgezeigten Konsequenzen der Rechtsdispositionen ließen sich nicht mehr begrenzen.

(2) Gefahren einer unbeschränkten Dispositionsmöglichkeit

Die von der ZPO anerkannten Dispositionsmöglichkeiten unterscheiden sich bereits in ihrer Beziehung zum materiellen Recht. Der Prozeßvergleich beendet den Prozeß im Wege einer materiellen Regelung. Demgegenüber schreiben Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil eine bestimmte Rechtsfolge vor, ohne auf eine Einzelfallbeziehung zwischen den Parteien Rücksicht zu nehmen. Die Rechtskraft gestaltet nicht das materielle Recht; sie fordert unabhängig von der wahren Rechtslage Beachtung des Urteilsspruches vom Unterlegenen.

Der Prozeßvergleich gestaltet die materielle Rechtslage. Er schafft - zumeist - Frieden zwischen den Parteien, indem er die Rechtsbeziehungen neu regelt. Seine Form genügt allen materiellrechtlichen Anforderungen. Das Urteil unterscheidet sich hiervon in seiner Rechtskraftwirkung (§ 322 I ZPO) und der Verabsolutierung von Richtersprüchen gegenüber materiellen Bedingungen. Ein Urteil fügt sich nur im Idealfall in die materiellen Rechtsbeziehungen der Parteien ein; in den anderen Fällen bindet es trotz der bestehenden Widersprüche infolge seiner Rechtskraftwirkung. Der zweite Unterschied liegt darin, daß der Urteilsausspruch grundsätzlich nicht von den materiellen Voraussetzungen und Bedingungen abhängt. Das Urteil kann gegen zwingende Normen und gegen Sicherungen des materiellen Rechts Rechte absprechen oder zuerkennen.³⁵

Als letztes bleibt noch anzumerken, daß das Urteil - wegen der fehlenden Rechtsgestaltung - nur inter partes Wirkungen entfaltet. Im Gegensatz zu der materiell z. B. gegebenen Möglichkeit gutbläubigen Erwerbs, kann durch Urteil kein Dritter vom Eigentum ausgeschlossen werden.

Die gezeigten Widersprüche zwischen materiellem Recht und Urteilspruch sind nicht auflösbar. Die Annahme eines fehlenden Rechts-

schutzbedürfnisses³⁶ oder von Prozeßmißbrauch³⁷ bei Scheinprozessen oder in krassen Dispositionsfällen können nicht genügen; insbesondere bei rechtskräftig erstrittenen Urteilen sind sie wertlos.³⁸

Mit Häsemeyer³⁹ bleibt nur das Fazit, "solange man das Anerkenntnis grundsätzlich gestattet und allenfalls auf Sitten- und Verbotswidrigkeit kontrolliert, wird man die ... Widersprüche zwischen materiellem Recht und Urteil in Kauf nehmen müssen. Sonst drohen verstärkte Kontrollen rechtskräftiger Urteile auf mißbräuchliche Ausnutzung und vermehrte Rechtskraftdurchbrechungen". Erlaubt sei aber die Frage: Sind derartige Widersprüche noch zu erweitern, indem Rechtsdispositionen in weiterem Umfang zugelassen werden?

(3) Akzentverschiebung durch Rechtsdispositionen

Bedeutet die Verweisung der Parteien auf das materielle Recht und dessen Verfügungsmöglichkeiten tatsächlich einen Umweg? Kann durch prozessuale Dispositionen dasselbe Ergebnis leichter erreicht werden?

Anerkenntnis und Verzicht stellen im Gegensatz zu den materiellen Verfügungen (wie z. B. auch dem Prozeßvergleich) reine Prozeßhandlungen dar.⁴⁰ Die daraufhin ergehende gerichtliche Entscheidung darf nicht in ihrem Bestand über das materielle Recht in Frage gestellt werden, will man Urteile verschiedener Qualität vermeiden. Dem Versuch einer materiellen Kontrolle⁴¹ (z. B. Irrtumsanfechtung) kann keine Grenze gesetzt werden.

Gleiches muß aber für Rechtsdispositionen über präjudizielle Fragen gelten. Zwar erwachsen sie nicht in Rechtskraft mit dem Urteilsspruch, doch kommt ihnen über die Endentscheidung relative Bindungswirkung zu.⁴² Ihre Beurteilung darf in einem anderen Verfahren über denselben Gegenstand nicht von der ersten Beurteilung abweichen.

Eine Begrenzung der Verfahrensdispositionen auf materiell disponible Rechte oder auf Fälle der Parteiniichtigkeit vermag aus den aufgezeigten Gründen nicht zu überzeugen. Der mit der Nichtigkeit bezweckte Schutz des einzelnen würde bei einer solchen Konstruktion umgangen. Willensmängel könnten die getroffene Entscheidung nicht mehr beeinflussen. Mit der "Erfüllung" nichtiger Verträge verbundene Erwartungen begründeten im Falle ihres Ausbleibens nicht mehr die Kondition der Leistung.⁴³

Bsp. 1: Der Gemeindebürger G der kreisfreien Gemeinde A übereignet dieser einen Grundstücksteil unentgeltlich und ohne entsprechende Verpflichtung. Beide Teile gehen davon aus, das Grundstück werde zum Bau einer Straße verwandt werden. G verspricht sich vom Bau der Straße eine bessere Erschließung des Restgrundstücks.

Werden die Straßenbaupläne in der Folgezeit entgeltig fallengelassen, so kann G sein Teilgrundstück trotz § 814 BGB nach den Grundsätzen einer Zweckschenkung zurückverlangen (§ 812 I 2 2. Alt. BGB). Hat aber die Gemeinde A den G auf Auflassung verklagt und beide bekundeten im Verfahren einvernehmlich, es liege eine wirksame Verpflichtung des G zur Auflassung vor, so scheidet eine Rückauflassung bei einem klagestattgebenden Urteil in diesen Fällen aus.

Bsp. 2: Der Vater will dem Sohn eine ihm angefallene Erbschaft schenken. Er läßt sich vom Sohn auf Feststellung verklagen, daß die Erbschaft ihm (dem Sohn) zugefallen ist und erkennt an. Auf diese Weise möchten beide die Schenkungssteuer sparen. Der Vater kann solchenfalls später nicht die Schenkung z. B. wegen Undanks widerrufen, was bei einer bloßen Schenkung möglich gewesen wäre.

In all diesen Dispositionsfällen wäre der Schutz des einzelnen nur nach materiellem Recht gewährleistet. Die Zulassung bindender Rechtsdispositionen im Rahmen eines Prozeßverfahrens ist daher auch in Fällen nicht von Amts wegen zu beachtender Nichtigkeit (sog. Parteiniichtigkeit) abzulehnen. Die Verweisung auf das materielle Recht zur Durchführung materieller Verfügungen stellt sich nicht als unnötiger Umweg dar, sondern dient dem Schutz des einzelnen.

Verfahrensdispositionen sind keine Ergänzung zur Privatautonomie⁴⁵ oder deren prozessuale Parallele. Beide verhalten sich nicht deckungsgleich,⁴⁶ solange die "Kautelen des materiellen Rechts" durch die Prozeßdispositionen überspielt werden.⁴⁷ Eine Akzentverschiebung wäre die Folge von deren Anerkennung.

Eine Rechtfertigung kann nicht unter Hinweis auf bestimmte Ausstrahlungen des Prozesses,⁴⁸ die Pflicht zur Wahrung eigener Interessen⁴⁹ oder materiellrechtlicher Verzichte⁵⁰ erfolgen. Dadurch werden die vorstehenden Ausführungen nicht widerlegt.⁵¹ Gerade der Punkt materiellrechtlicher Verzichte zeigt die Fragwürdigkeit einer solchen Argumentation. Diese Rechtsgeschäfte sind anfechtbar, deren Erfüllung im Gegensatz zu den Urteilen kondizierbar.

(4) Rechtsdispositionen durch einvernehmlichen Tatsachenvortrag

Das Recht ist die Folge bestimmter Tatsachen. Können die Parteien über letztere disponieren, so steht es damit - indirekt - in ihrer Macht, über das anzuwendende Recht zu bestimmen.⁵² Man könnte daher durchaus geneigt sein zu argumentieren, den Parteien müsse im Rechtsbereich zugestanden werden, was auch schon durch Tatsachendispositionen indirekt erreichbar ist.

Diese Auffassung birgt aber eine nicht zu verkennende Gefahr. Gewiß, das Ergebnis bleibt gleich, unabhängig, ob die Parteien ihren Tatsachenvortrag dergestalt ausrichten, daß die Subsumtion z. B. einen Darlehensvertragsschluß ergibt, oder ob sie das Gericht durch einvernehmlichen Vortrag dieser Rechtsfolge binden. Unterschiedlich sind jedoch die Konsequenzen, falls von einer einvernehmlichen Erklärung im Prozeßverlauf Abstand genommen werden soll. Im Falle eines bloßen Nichtbestreitens von Tatsachen (§ 138 III ZPO) genügt schon der gegenteilige Tatsachenvortrag. Eine solche Möglichkeit besteht für "Rechtsgeständnisse" gerade nicht. Für diese kommt nicht einmal die analoge Anwendung von § 290 ZPO zur Beseitigung der nunmehr ungeliebten Folgen in Betracht. Denn wie soll der Irrtumsnachweis geführt werden, sind doch Rechtserklärungen keine Wissenserklärungen.⁵³ Ein Widerruf ist daher nur insoweit möglich, als Prozeßhandlungen widerrufbar sind.⁵⁴ Dies ist in aller Regel ausgeschlossen, da die Gegenpartei bereits eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat.

Zudem verbietet sich der "Erst-Recht-Schluß" aus der Notwendigkeit einer rechtlichen Zulässigkeit von Rechtsdispositionen.⁵⁵ Eine solche ist damit noch nicht festgestellt.

3. Ergebnis

Verfahrensdispositionen sind nicht aus einer Erweiterung oder Parallele zur Privatautonomie zu rechtfertigen. Sie haben ungleich schwerwiegendere Wirkungen als eine materielle Verfügung. Eine Kongruenz beider wäre aber Voraussetzung dafür, daß die Verweisung auf eine materielle Disposition einen unnötigen Umweg bedeute.

Anmerkungen:

- 1) So Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (7 ff.); Grunsky, Grundlagen, § 3 II 3, § 20 I; ders., ZZP 86 (1973), 52 (61); Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 57 (69 ff.).
- 2) Siehe oben § 5 II 1.
- 3) So Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 1.
- 4) Anerkenntnis, S. 59; ähnlich Jauernig, JuS 1971, 331; Grunsky, Grundlagen, § 3 II; für Tatsachendispositionen auch Leipold, JZ 1982, 441 (448).
- 5) Leipold, JZ 1982, 441 (448).
- 6) Siehe oben § 5 IV 1 a.
- 7) Vgl. auch Gaul, AcP 172 (1972), 342 (349).
- 8) Siehe oben § 5 II 3.
- 9) Dies folgt schon aus dem materiellrechtlichen Verständnis des Prozeßverfahrens, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen, vgl. Schumann, Festschrift für Larenz, S. 571 (572, 577). Vgl. weiter Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (34 ff.); Konzen, S. 237; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 78 II.

- 10) Grunsky, Grundlagen, § 3 II 3; Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff.
- 11) Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff. (136); Wolf, Anerkenntnis, S. 74ff.
- 12) Z郑 85 (1972), 207.
- 13) Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (211).
- 14) S. 245 ff.
- 15) Siehe oben § 6 IV 1 a, 2, VI; vgl. auch Schumann, Festschrift für Larenz, S. 571 (575).
- 16) Jauernig, ZPR, § 25 VIII; Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (217). Dabei ist nicht notwendig "richtig" mit "materieller Richtigkeit" gleichzusetzen (so aber Arens, Willensmängel, S. 213). Dennoch ist zweifelhaft, ob Dispositionen eine "schnelle und sichere" Urteilsgrundlage schaffen (so Pohle, JZ 1956, 55). Zum Problem des materiell unrichtigen Urteils vgl. Schumann, Festschrift für Bötticher, S. 289 ff.
- 17) Vgl. nur Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 3 b.
- 18) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 II 2 a.
- 19) Dies ist schon eine Folge der allgemeinen Aussage, ein Urteil mit sittenwidrigem Ausspruch könne ohnehin keinen Bestand haben (Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, vor § 300, Anm. 3 D; Jauernig, ZPR, § 60 III; Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (218)). Damit ist aber weiter gesagt, daß nur der getroffene Ausspruch der Prüfung der Gesetzeskonformität unterliegt (a. M. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. III 2; Blomeyer, ZPR, § 62 III ; Süss, Wirkungsgrenzen, S. 178, die die Anspruchsgrundlage miteinbeziehen wollen). Der gegenteiligen Auffassung steht entgegen, daß das Anerkenntnis eine materielle Wirksamkeitsprüfung gerade ausschließt (Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 C, Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 69, § 328, Anm. 1 c; Stein-Jonas-Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 794, Rdnr. 13; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 3 c; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 50 I 3; Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (218); Schumann, Festschrift für Larenz, S. 571 (586); OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1518).
- 20) Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 ff.; Henckel, Prozeßrecht, S. 134; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 62 ff.
- 21) Festschrift für Bötticher, S. 1 (9).
- 22) Ebenso Häsemeyer, Z郑 85 (1972), 207 (210 ff.).
- 23) Legitimation durch Verfahren (1969).

- 24) Siehe oben § 6 IV 1 c.
- 25) Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 4 ff.; Schumann, Festschrift für Larenz, S. 571 (572 m. w. N. zu anderen Verfahrensordnungen).
- 26) Festschrift für Bötticher, S. 1 (8).
- 27) Ebenso Schumann, Festschrift für Larenz, S. 571 (577) "Einheit der Rechtsordnung".
- 28) Schumann, Festschrift für Larenz, S. 571 (584).
- 29) So Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.
- 30) Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 101.
- 31) Dies soll durch Einbeziehen der Rechtsgrundlage bei Anerkenntnissen vermieden werden. So Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. III 2; Blomeyer, ZPR, § 62 III 2 (1. Aufl.) Süss, Wirkungsgrenzen, S. 178. Gegen diese Argumentation vgl. die Nachweise oben Fn. 19.
- 32) Vgl. dazu BGH, NJW 1982, 1981; KG, NJW 1983, 291.
- 33) Fall nach BGH, NJW 1983, 109.
- 34) So aber Baur, Festschrift für Bötticher, S. 1 (9).
- 35) Vgl. hierzu Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (213 ff.) unter Hinweis auf die Scheinprozesse (Dazu allgemein Costede, Scheinprozesse (1968); ders., ZZP 82 (1969), 438).
- 36) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 34; Pohle, Festschrift für Lent, S. 201.
- 37) Baumgärtel, ZZP 69 (1956), 89; Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 49, 160 ff.
- 38) Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (215).
- 39) ZZP 85 (1972), 207 (216).
- 40) Baumgärtel, Wesen und Begriff, S. 140 ff.; Häsemeyer, ZZP 85 (1972) 207 (216); Wolf, Anerkenntnis, S. 25 ff., 57 ff.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., §§ 306, 307, Anm. I 2; Zöller-Vollkommer, ZPO, Vorb. §§ 306, 307, Rdnr. 5; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 7, § 117 I 2 g.
- 41) So aber Arens, Willensmängel, S. 194 ff., 203 ff.
- 42) Schwab, Festschrift für Bötticher, S. 321 (325 ff.).
- 43) Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (218); ders., Die gesetzliche Form, S. 249 ff.

- 44) Fall nach Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (215).
- 45) So aber Baur, Festschrift für Böttcher, S. 1 ff.; Grunsky, Grundlagen, § 18 II, IV; Henckel, Prozeßrecht, S. 134 ff.; Meier, iura novit curia, S. 86 ff.; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 33 ff., 96 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 59, 62 ff.
- 46) Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (217), nimmt zutreffend eine negative Kongruenz an. Wo materiellrechtlich keine Verfügungsbefugnis besteht, ist sie auch im Prozeß nicht gegeben.
- 47) So Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (219); vgl. auch Laumen, S. 50 ff. mit Fn. 48; Würthwein, S. 101.
- 48) Wolf, Anerkenntnis. S. 63 fn. 16.
- 49) Costede, ZZP 82 (1959), 438 (444).
- 50) Costede, ZZP 82 (1969), 438 (458).
- 51) Ausführlich Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (219 ff.).
- 52) So zu Recht Grunsky, ZZP 84 (1971), 129 (148); Häsemeyer, ZZP 85 (1972), 207 (209); Pollak, S. 79 ff.; Wach, Vorträge, S. 177 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 61 ff.; Würthwein, S. 62.
- 53) Siehe oben § 11 II.
- 54) Vgl. hierzu Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 128, Anm. 5 G; Thomas-Putzo, ZPO, Einl. III 4 a.
- 55) Siehe oben § 10 II 2 a.

IV Rechtsdispositionen und tatsächliche Parteifreiheit

1. Argumentation aus der tatsächlichen Parteifreiheit

Ausgangspunkt dieser Auffassung ist Pawlowskis¹ Unterscheidung der materiellen Nichtigkeitsvorschriften in solche, die "Amtsnichtigkeit" und andere, die lediglich "Parteinichtigkeit" nach sich ziehen. Ersterenfalls ist die Nichtigkeitsfolge von Amts wegen zu beachten; eine Umgehungsmöglichkeit der Verbotsnorm besteht nicht. Hingegen zeige sich in Fällen der Parteinichtigkeit die staatliche Interesselosigkeit an der Einhaltung und Beachtung der einzelnen Nichtigkeitsvorschriften.² Den Parteien ist nach Pawlowski in diesem Bereich jedwede Freiheit gegeben, insbesondere betreffend die Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung (Bsp.: § 313 S. 1 BGB). Nach materiellem Recht steht es den Parteien frei, einen nichtigen Vertrag zu "erfüllen" oder sich auf dessen Unwirksamkeit zu berufen. Desgleichen kann der einzelne entscheiden, ob er eine rechtsgrundlos erbrachte Leistung zurückfordern will.³ Die Freiheit des einzelnen, seine Lebensbeziehungen zu gestalten, gehe über das dispositive Recht hinaus.⁴

Diese tatsächliche Freiheit wird nun zur Grundlage prozessualer Rechtsdispositionen ausgestaltet. Wenn eine Partei über das "Ob" eines Rechtsstreits bestimmen kann, müsse ihr auch ein Recht zur Streitbegrenzung, der Bestimmung des "Wie", zustehen.⁵ Dieses Recht sei nicht auf den Tatsachenvortrag zu begrenzen und beziehe sich jedenfalls auf die rechtliche Streitbestimmung im Rahmen der Parteinichtigkeit.

Zudem könnten die Parteien durchaus vernünftige Motive haben, das Gericht in Rechtsfragen binden zu wollen.⁶ In solchen Fällen könne der Prozeßzweck der Konfliktlösung erst mit der Annahme einer Bindung verwirklicht werden.⁷

Bsp.: Im Fall des BGH⁸ stand die Frage einer wirksamen Kündigung im Streit. Das Gericht hat diese Frage jedoch nicht entschieden, sondern sein Urteil allein auf den unwirksamen Kaufanwart-

schaftsvertrag gestützt, weswegen dem gekündigten Beklagten ohnehin kein Besitzrecht am Haus zustand. Würthwein⁹ meint nun, beide Parteien könnten mit einem solchen Urteil nichts anfangen; sie seien in die Selbsthilfe zurückgestoßen worden.

2. Tatsächliche Parteifreiheit und Verfahrensdispositionen

a) Tatsächliche Parteifreiheit und zwingendes materielles Recht

Der vorstehenden Meinung ist zuzugeben, daß die Parteifreiheit nicht schon beim zwingenden materiellen Recht endet. Soweit mit diesem nur der Schutz von Privatinteressen verfolgt wird (z. B. bei § 313 S. 1 BGB : Schutz- und Warnfunktion) besteht für den einzelnen noch die Freiheit, die Lebensbeziehungen zu anderen zu gestalten oder auch sein Recht zu verfolgen. Die Vertragsparteien können einen formnichtigen Vertrag vollziehen. Zwar erwächst aus der causa kein Rechtsanspruch, doch schützt das Gesetz eine dennoch erfolgte Auflassung (§ 313 S. 2 BGB). Gleichermaßen ist die einzelne Vertragspartei frei in ihrer Entscheidung, einen bestehenden Anspruch zwangsweise durchzusetzen. Etwas anderes gilt erst dann, wenn öffentliche Interessen mitbetroffen sind. In diesen Fällen der sog. Amtsnichtigkeit ist die Unwirksamkeitsfolge nicht heilbar; der bestehende Anspruch ist einzuklagen.

So ist in § 25 HAG,¹⁰ wie in § 14 MindArbbG den Ländern eine gesetzliche Prozeßstandschaft eingeräumt, um für die einzelnen Arbeitnehmer Nachzahlungen oder Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen gegebenenfalls gerichtlich einzuklagen. Grund dieser Regelung ist die wirtschaftliche Abhängigkeit der meisten Arbeitnehmer. Diese wird wie in vielen Fällen von der Durchsetzung ihrer Ansprüche abgehalten,¹¹ insbesondere dann, wenn sie Konsequenzen für ihren Arbeitsplatz im Falle eines Rechtsstreits mit dem Arbeitgeber zu besorgen haben. Die Erhaltung des eigenen Arbeitsplatzes und damit zumeist der unmittelbaren Existenzgrundlage, hat solchenfalls den Vorrang. An der Geltendmachung der genannten Ansprüche besteht aber ein öffentliches Interesse; grundsätzlich soll der einzelne in die Lage versetzt sein, seinen Lebensunterhalt durch die eigene Arbeitskraft zu verdienen. Wo der Arbeitgeber dies vereitelt (z. B. Unterschreiten von Auffanglöhnen bei Akkordarbeit) hat der Staat ein Interesse an der Nachzahlung, um so seine Leistungspflicht (falls nur noch Hungerlöhne bezahlt würden) abzuwenden.

Gleiches gilt für die Vorschrift des § 23 GÜKG. Diese Normierung dient der Durchsetzung der im öffentlichen Interesse auf-

gestellten tariflichen Ordnung.¹² Die tarifliche Ordnung ist zwingend einzuhalten. Sie darf im Interesse von Absendern bzw. Empfängern nicht von einigen wenigen Spediteuren unterschritten,¹³ aber auch nicht überschritten werden.

Abschließend kann festgehalten werden: Im Rahmen der sog. "Parteinichtigkeit" sind die Parteien grundsätzlich frei, ihre Rechte zu verfolgen oder sie aufzugeben. Umgekehrt besteht zwar kein Rechtsanspruch auf Vollziehung von Rechtsgeschäften, die gegen zwingendes materielles Recht verstoßen. Jedoch begründet eine Leistungsverchiebung aus moralischen oder sonstigen Gründen¹⁴ per se noch keinen Kondiktionsanspruch. Der bekannte Satz, "wer sein Geschäft bewußt nicht dem Recht unterstellt, dem hilft das Recht auch nicht",¹⁵ kann nur eingeschränkt auf die Rechtsdurchsetzung, nicht aber auf derartige Rechtsgestaltung, Gültigkeit beanspruchen.

b) Tatsächliche Parteifreiheit im Verfahren

Die Parteien können Verstöße gegen materiell zwingende Normen in gewissen Grenzen heilen, daher muß es auch möglich sein, dieselbe Wirkung im Wege einer Verfahrensdisposition herbeizuführen.¹⁶ Dieser Schluß geht aus den bereits genannten Gründen¹⁷ fehl. Es träte eine Akzentverschiebung im materiellen Recht ein, würde eine präjudizielle Rechtsfrage durch die Parteien für das Gericht festgeschrieben.¹⁸ Es bleibt hierbei gleich, ob zur Rechtfertigung solcher Prozeßhandlungen die Privatautonomie oder die tatsächliche Parteifreiheit herangezogen wird. In jedem Fall bedeutete die Disposition einen Verzicht auf materielle Schutzrechte.

Die Gegenauffassung kann nicht mit dem Hinweis auf die Dispositionsmaxime aufrechterhalten werden.¹⁹ Das Bestimmungsrecht über Beginn und Ende des Prozesses beruht tatsächlich auf denselben Grundlagen wie die Privatautonomie.²⁰ Damit ist aber nicht gesagt, daß aus diesem Umstand zwingend auf

die Möglichkeit von Rechtsdispositionen zu schließen ist. Die Dispositionsmaxime ist eine prozessuale Ausprägung der Verfügungsfreiheit; sie besagt aber nicht anderes, als daß die Parteien über den Rechtsstreit als ganzen oder abtrennbare Teile desselben (selbständige Ansprüche) disponieren können. Über einzelne rechtliche Vorfragen ist dem Grundsatz nichts zu entnehmen.

3. Tatsächliche Parteifreiheit und Prozeßzweck

Erst die Verwirklichung der tatsächlichen Parteifreiheit im Prozeß durch die Zulassung bindender Rechtsdispositionen kann nach Würthwein²¹ dem Zweck des Zivilverfahrens gerecht werden. Ein materiell richtiges Urteil sei ohnehin nie garantiert.²² Aber, wenn die Parteien auch über zwingende materielle Normen verfügen könnten, sei wenigstens die Möglichkeit geschaffen, den wahren Konflikt zu lösen. Erst dann würde ihnen Rechtsschutz gewährt.

Diese Auffassung krankt am Absolutheitsanspruch, der der Konfliktlösung zudiktiert wird. Dabei übersieht Würthwein, daß der Konflikt nicht notwendig im verbalen Streit zum Ausdruck kommen muß. Dieser kann u. U. nur einen Hinweis auf die verdeckte Konfliktsituation geben. Mit seiner Argumentation gerät Würthwein in die Gefahr, gerade bei der Würdigung der Entscheidung des BGH²³ die Grenze zu den von ihm abgelehnten Scheinprozessen²⁴ zu überschreiten, wenn er sie nicht gar überschritten hat.

a) Konfliktlösung als Prozeßzweck

Nach unserem Zweckverständnis²⁵ dient das Zivilverfahren der Durchsetzung subjektiver Rechte und damit der Bewährung der materiellen Rechtsordnung. Dies setzt einen unter den Parteien bestehenden Konflikt voraus. Andernfalls fehlt es an einem Grund zur Durchführung eines Prozeßverfahrens; es läge keine gerichtliche Rechtsverfolgung vor. Diesen Konfliktgrund gilt es im Verfahren zu lösen. Das Urteil, welches den Parteistreit beendet, setzt gleichsam das subjektive Recht durch bzw. gibt einem Vollstreckungstitel zu dessen Durchsetzung.

Insoweit ist Würthwein sicherlich beizupflichten. Sein Fehler liegt jedoch in der Vorstellung, der verbale Streit decke sich mit dem bestehenden Konflikt.²⁶ Dabei versteht er unter dem verbalen Streit auch die rechtlichen Streitpunkte. Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung des Wortes "Konflikt", wie der unter den Parteien bestehenden Konfliktslage.

(1) Bedeutung des Begriffs "Konflikt"

Ausgehend von der Wortbedeutung ist mit dem Begriff "Konflikt" ein Widerstreit, Zusammenstoß, eine Auseinandersetzung umschrieben. Entgegengesetzte Interessen oder Interessenlagen stehen sich gegenüber und stoßen sich aneinander.²⁷ Die daraus entstehenden Reibungsflächen erfordern eine Abwägung der widerstreitenden Interessen.

Konfliktfälle der beschriebenen Art kommen im täglichen Leben mannigfach vor:

Der Naturfreund kann einen Wanderweg, der zu besonderen Naturschönheiten führen soll, nicht benutzen, da ein Waldbesitzer diesen gesperrt hat, um Bäume fällen zu können. Oder, der Naturfreund möchte eine Wiese mit seltenen Blumen begehen. Diese hat der Eigentümer aber umzäunt, damit die weidenden Schafe nicht entlaufen.

Diese wahllos herausgegriffenen Beispiele verdeutlichen die abstrakten Aussagen. Der Konflikt entsteht durch den Umstand, daß eine Person gegen die Interessen eines anderen handelt oder zu handeln beabsichtigt. Dieser Widerstreit soll nun mit den wechselseitig zu Gebote stehenden Rechten ausgetragen werden. Dem Anspruch des einzelnen auf dessen Recht auf freien Naturgenuß steht das Recht des Waldbesitzers auf Holzgewinnung bzw. des Wieseneigentümers das Eigentum frei zu nutzen, gegenüber. Beide Positionen können auf Grundrechte gestützt werden. Dem Naturfreund steht das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zur Seite (Art. 2 I GG), das aber auch den Genuß der Natur und der Naturschönheiten umfaßt.²⁸ Gegenüber stehen das Eigentümergrundrecht des Art. 14 I GG bzw. das Recht auf freie Berufsausübung (Art. 12 I GG).

In den genannten Beispielen ist der Konflikt noch relativ leicht zu bestimmen und zu lösen. Das schwächere Recht auf freien Naturgenuss hat den besonderen Rechten zu weichen. Schwieriger wird es, wenn gleichartige Interessen (z. B. die Miteigentümer eines PKW wollen diesen zu gleicher Zeit benutzen) gegenüberstehen. Hier ist im Einzelfall nach der jeweiligen Dringlichkeit zu entscheiden.

(2) Die Konfliktslage im Zivilverfahren

Doch nun zurück zu unserer Ausgangsfrage: Sind Verfahrensdispositionen erforderlich, um den wahren Konflikt unter den Parteien zu lösen? Erinnern wir uns an die von Würthwein²⁹ kritisierte Entscheidung des BGH vom 13.12.1968:³⁰

Die Parteien hatten einen schriftlichen Kaufanwartschaftsvertrag über ein Hausgrundstück geschlossen. Der "Verkäufer" kündigte in der Folge dem bereits eingezogenen "Käufer". Dieser bestritt im anschließenden Räumungsverfahren die Rechtfertigung der Kündigung; der Formmangel des Vertrages sollte ausdrücklich außer Betracht bleiben.

Der BGH hatte den Einwand des beklagten "Käufers" nicht beachtet, sondern der Klage wegen des Formmangels (§ 313 S. 1 BGB) im Kaufanwartschaftsvertrag stattgegeben. Gestützt auf eine frühere Entscheidung³¹ verneinte das Gericht die Bindung an eine übereinstimmende Rechtserklärung der Parteien. Der Klage sei vielmehr schon deshalb stattzugeben gewesen, weil der formlos geschlossene Kaufanwartschaftsvertrag dem Beklagten kein Besitzrecht gab. Einer Kündigung hätte es zur Begründung des Herausgabebegehrens nicht bedurft.

Es wäre angesichts dieser Begründung verfehlt, wollte man dem BGH mit Würthwein³² Rechtsverweigerung vorwerfen. Die Entscheidung hatte durchaus den Parteistreit im Auge und war zur Herstellung des Rechtsfriedens geeignet. Würthweins Konfliktbestimmung ist allzu vordergründig auf die verbale Aussage und nicht auf den dahinterliegenden Interessenwiderstreit bezogen.

Die Polarität der entgegengesetzten Vorstellungen erschöpfte sich nicht im Streit um die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Tatsächlich ging es den Parteien doch darum, im Haus verbleiben (Käufer) bzw. die andere Partei zur Räumung veranlassen zu können (Verkäufer). Dieser tatsächlich bestehende Parteistreit ist vom BGH auch entschieden worden.

Die Verteidigung des beklagten Käufers, sich nicht auf den Formmangel berufen zu wollen, sondern nur die Unwirksamkeit der Kündigung zur Entscheidung zu stellen, kann nicht als Streitverlagerung³³ aufgefaßt werden. Die Erklärung ist kein Streit um eine rein abstrakte Frage. Vielmehr - und so wurde sie auch vom BGH verstanden³⁴ - sollte damit geltend gemacht werden, der Käufer dürfe trotz Formunwirksamkeit im Haus wohnen bleiben; die gegenteilige Annahme führe zu einem unerträglichen Ergebnis, weswegen sich die klagende Partei nicht auf den Umstand der fehlenden Form berufen³⁵ könne. Dieser wahre Konflikt ist letztendlich in der getroffenen Entscheidung beachtet worden. Sie ist daher auch durchaus geeignet, eine Befriedigung herbeizuführen.

Gleiches ist für eine jüngere Entscheidung³⁶ anzumerken:

Der Kläger verlangte vom Beklagten die Rückzahlung eines Darlehens. Dieser erkannte ausdrücklich die vom Gericht als wucherisch befundenen Darlehensbedingungen erneut privatschriftlich an. Allerdings wollte er nur in Raten zahlen.

Das Gericht hatte ohne Rücksicht auf die Rechtsdisposition entschieden und den Wuchertatbestand für einschlägig erachtet. Der Entscheidung ist in Ergebnis und Begründung zuzustimmen. Der wahre Konflikt liegt hier in der Verpflichtung, das Darlehen und die vollen angefallenen Zinsen zurückzuzahlen. Modifiziert bzw. überlagert wird dieses Interesse zwar durch die Anerkennung der Darlehensbedingungen. Rechtlich bestand keine volle Zahlungsverpflichtung, sofern der Wuchertatbestand erfüllt war. Allenfalls moralisch mochte sich der Beklagte verpflichtet fühlen, zu seinem gegebenen Wort zu stehen. Die Erfüllung einer moralischen Pflicht

machte er dann von einer Gegenleistung (Ratenzahlung) abhängig. Dies führt dann aber zu keiner Veränderung der tatsächlichen Streitsituation.

Die beiden Entscheidungen machen ein weiteres deutlich: Der von Würthwein³⁷ beschworene "wahre" Konflikt ist kein Streit um Rechtsfragen oder Rechtsbegriffe, sondern resultiert aus dem Tatsächlichen. Wovon oben³⁸ wie selbstverständlich ausgegangen worden war, findet hier seine Bestätigung. Im ersten Fall³⁹ geht es den Parteien um die Tatsachenfrage, ob der "Käufer" im Haus bleiben kann oder nicht. Der Streit um die Kündigung läßt sich - wie bereits angedeutet - nur vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des RG zu den bewußt formlos geschlossenen Grundstückskaufverträgen verstehen. Dort wurde teilweise trotz der Formnichtigkeit ein Erfüllungsanspruch bejaht.⁴⁰ Die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits mochten hier ebenso ein schwereres bzw. unerträgliches Ergebnis im Falle der Berücksichtigung der Nichtigkeitsfolge gesehen haben, unter dessen Voraussetzung ebenso ein Erfüllungsanspruch - nach der genannten Rechtsprechung - bestanden hätte.

Auch im zweitgenannten Verfahren⁴¹ verdeckte der Streit um die Rechtsfrage - Gültigkeit der Darlehensbedingungen - lediglich die Konfliktslage unter den Parteien, die dahin ging, ob der Kläger die wucherischen Zinsen tatsächlich zurückzahlen mußte. Hier lag die Besonderheit vor, daß der Beklagte dazu unter der Voraussetzung der Gewährung einer Ratenzahlung auch bereit war. Diese Zahlungsbereitschaft unter einer Gegenleistung ändert aber nichts an der eigentlichen Streitfrage.

Aus alledem folgt: Der zu entscheidende Konflikt ist in einem tatsächlichen Interessenwiderstreit zu suchen. Der Streit vor Gericht um die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsvorschriften stellt nur dessen rechtliche Verbrämung dar. Auf Grund der Einwendungen der beklagten Partei wird regelmäßig nur ein weiterer Weg zur Streitentscheidung aufgezeigt, über dessen Gangbarkeit das Gericht letztgültig zu entscheiden hat.

Bsp.: Der Räumungsklage im genannten Fall des BGH⁴² wird nicht aus der Formnichtigkeit stattgegeben. Stattdessen erachtet das Gericht die Kündigung als wirksam und verurteilt den Beklagten aus diesem Grund zur Räumung des Hauses.

Sind mehrere rechtliche Wege zur Lösung des Tatsachenkonfliktes vorhanden, so ist das Gericht jedenfalls nicht an eine bestimmte Rechtsauffassung gebunden. Es kann den Streit aus dem bereitesten Grund entscheiden. Der Konflikt wird in jedem Fall beigelegt.

b) Konfliktlösung und Scheinprozeß

Ein weiteres Bedenken besteht gegen die Zulassung von Rechtsdispositionen. Die Grenze zum Scheinprozeß wird (zumeist) erreicht, wenn nicht gar überschritten.

Scheinprozeß ist ein "Rechtsstreit, in dem die Parteien ein nicht bestehendes Rechtsverhältnis einverständlich mit Hilfe der prozessualen Disposition des Beklagten feststellen lassen, um damit einen bestimmten vor Gericht geheimgehaltenen Zweck zu erreichen".⁴³ Solche "Scheinverfahren" werden nahezu einhellig als unzulässig angesehen, lediglich die Begründungen hierfür differieren.⁴⁴ Einigkeit herrscht aber insoweit, als ein Zivilprozeß die Lösung eines konkreten Streits und nicht allein abstrakter Rechtsfragen zum Gegenstand haben muß.⁴⁵

Hält man sich den Sachverhalt der Entscheidung BGH, JZ 1969, 102, vor Augen und bejaht man eine Bindung an die parteiliche Rechtsdisposition, so beschränkt sich der Streit auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung, die sich - ohne Disposition - nicht als entscheidungserheblich gestellt hätte. Ist den Parteien aber der Weg zur Lösung ihres Konflikts bewußt und schlagen sie diesen dennoch nicht ein, so kann der Streit um die Wirksamkeit der Kündigung nur als Streit um eine abstrakte Rechtsfrage angesehen werden. Die Klage wäre daher als unzulässig anzusehen gewesen, hätte der BGH die Parteierklärungen nicht als Argumentation, hin zu einem unerträglichen Ergebnis bei Annahme der Nichtigkeitsfolge angesehen.

Auch aus diesem Grund ist eine Rechtsdisposition der Parteien als unstatthaft anzusehen.

4. Ergebnis

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß auch die tatsächliche Parteifreiheit Verfahrensdispositionen der Parteien über Rechtsfragen nicht zu rechtfertigen vermag. Hier gilt dasselbe wie für die Ableitung aus der Privatautonomie: Sie muß wegen einer fehlenden Kongruenz beider Befugnisbereiche fehlschlagen. Im übrigen wird der "Konflikt" auch bei Außerachtlassung der Verfahrensdisposition einer Lösung zugeführt. Im umgekehrten Fall würde eher die Grenze zum Scheinprozeß überschritten.

Etwas anderes ist allein dann anzumerken, wenn der Rechtsstreit insgesamt beigelegt wird. So ist im Falle eines Anerkenntnisses die darin liegende Disposition hinzunehmen. Insoweit besteht eine Übereinstimmung mit der Befugnis, seine Rechte zu verfolgen oder auf sie zu verzichten. Der Rechtsfrieden ist dann gewahrt.⁴⁶

Anmerkungen:

- 1) Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 113 ff.
- 2) Costede, Z郑 82 (1969), 438 (455 ff.); Henckel, Prozeßrecht, S. 134; Würthwein, S. 103 ff. (105).
- 3) Costede, Z郑 82 (1969), 438 (455 ff.) am Beispiel des § 817 S. 1 BGB.
- 4) Henckel, Prozeßrecht, S. 136; Würthwein, S. 103 ff.
- 5) Würthwein, S. 103 ff.; vgl. auch Costede, Z郑 82 (1969).
- 6) Würthwein, S. 104.
- 7) Würthwein, S. 105.
- 8) JR 1969, 102.
- 9) S. 106.

- 10) Hierbei ist jedoch nicht zu verkennen, daß § 25 HAG als "Kann"-Bestimmung ein Ermessen im "Ob" der Rechtsverfolgung einräumt.
- 11) Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 163 IV 5.
- 12) Vgl. Großkommentar z. HGB - Helm, Bd. V/2, 3. Aufl., Berlin, New York (1981), § 452 HGB, Anh. I, § 23 GüKG, Rdnrn. 1, 3.
- 13) Helm in: Großkommentar z. HGB, a. a. O., Rdnr. 3 m.w. N.
- 14) Larenz, BGB-AT, S. 36.
- 15) Medicus, § 9 II 1, Rdnr. 181; Flume, BGB-AT II, § 15 III 4 c bb; vgl. auch BGHZ 45, 376 ff.
- 16) So Würthwein, S. 104.
- 17) Siehe oben § 11 III 2 b (3).
- 18) Dies übersieht Würthwein, S. 104.
- 19) So aber Würthwein, S. 104.
- 20) Siehe oben § 3 I 2 mit Fn. 20.
- 21) S. 105 ff.
- 22) Würthwein, S. 104.
- 23) JZ 1969, 102; Würthwein, S. 105.
- 24) Würthwein, S. 148 ff. (152 mit Fn. 26).
- 25) Siehe oben § 6 IV, VI.
- 26) Siehe oben § 6 VI.
- 27) Vgl. die in der heutigen Psychologie geltende Umschreibung bei Brockhaus, Enzyklopädie Bd. 10, 17. Aufl., 1970.
- 28) In Bayern genießt das Recht auf ungestörten Naturgenuß Verfassungsrang, Art. 141 III BayV.
- 29) S. 105. Vgl. oben § 11 III 1 a. E.
- 30) JZ 1969, 102.
- 31) BGH, NJW 1958, 1968.
- 32) S. 105.
- 33) Deren rechtliche Zulässigkeit wird unter b) näher behandelt.
- 34) JZ 1969, 102 (203).

- 35) Vgl. auch BGHZ 45, 179 (184 ff.); BGHZ 48, 396 (398 ff.); BGH, NJW 1969, 1167 ff. m. Anm. Reinicke und allgemein Medicus, § 9 II 1, RdNr.181 m. w. N.
- 36) BGH, NJW 1982, 1981.
- 37) S. 106.
- 38) § 11 IV 3 a (2).
- 39) BGH, JZ 1969, 102; vgl. auch BGH, NJW 1969, 1167.
- 40) BGHZ 23, 249 (Höferecht); BGHZ 16, 334 (Siedlungsrecht); BGH, JZ 1969, 102; BGHZ 45, 179 (184); BGHZ 48, 396 (398) (Untragbares Ergebnis bei Nichtigkeitfolge); dagegen Reinicke, NJW 1968, 39 ff.
- 41) BGH, NJW 1982, 1981.
- 42) JZ 1969, 102.
- 43) Costede, ZZP 82 (1969), 438 ff.
- 44) Die Unzulässigkeit wird aus einem Rechtsmißbrauch (v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 74; Zeiss, Arglistige Prozeßpartei, S. 48 ff.) bzw. aus einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis (Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 256, Anm. II; Pohle, Festschrift für Lent, S. 201; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 34; Stephan, S. 45; Würthwein, S. 148 (150)) abgeleitet. Von einer Zulässigkeit geht - soweit ersichtlich - nur Costede (Scheinprozesse 1969; ders., ZZP 82 (1969), 438 ff.) aus. Eine genauere Befassung mit den damit zusammenhängenden Fragen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Mit der überwiegenden Auffassung wird daher von der Unzulässigkeit der Scheinprozesse ausgegangen.
- 45) Vgl. nur Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, Grundz. vor § 253, Anm. 5 A m. w. N.
- 46) Ebenso Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (297).

V Dispositionen im Rechtsmittelverfahren

Trotz des gewonnenen Ergebnisses sei es noch gestattet, kurz die Frage der Beschränkung des rechtlichen Streitstoffes im Rechtsmittelverfahren zu beleuchten. Anlaß hierzu geben zwei jüngere Entscheidungen des BGH¹ und des KG² zu diesem Problemkreis.

Der BGH hatte zu entscheiden, ob die gesamte Rechtslage im Rechtsmittelverfahren zu überprüfen ist, auch wenn in der Rechtsmittelbegründung nur eine von mehreren rechtlichen Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils angegriffen wird. Der BGH bejahte eine umfassende Prüfungspflicht und erteilte damit der Möglichkeit einer verdeckten Disposition eine Absage.

Im Fall des KG hatten beide Parteien das Verständnis des Erstrichters von der Sittenwidrigkeit des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses gebilligt; sie wollten in der Berufungsinstanz ausdrücklich nicht mehr darüber streiten. Das KG fühlte sich durch die vertretbare Auslegung des Erstrichters gebunden.

1. Rechtsmittelbeschränkungen durch die Rechtsmittelbegründung

Die Bestimmung des § 519 III Nr. 2 ZPO läßt ihrem Wortlaut zufolge daran denken, daß die Parteien alle in der Berufung angegriffenen Punkte auch im Begründungsschriftsatz gem. § 519 I ZPO rügen müßten.³ Umgekehrt, wenn sie eine Frage streitlos stellen wollen, genügte die Nichterwähnung in der Berufungs- oder Revisionsbegründung. Mit diesem Verständnis wäre eine faktische Dispositionsmöglichkeit in die Hand der Parteien gegeben.

Diese Auslegung der Vorschrift des § 519 III Nr. 2 ZPO wird aber zu Recht nicht geteilt.⁴ Zweck der gesetzlichen Regelung ist es, nur formale, nicht auf den konkreten Rechtsstreit abgestellte Begründungen auszuschließen. Der Gegner soll aus der genauen Bezeichnung der neuen Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsbegründung den Streit erkennen und seine Rechtsverteidigung danach ausrichten können. Dadurch kann eine Beschleunigung und Straffung des Rechtsmittelverfahrens erreicht werden,⁵ wobei nicht

gesagt ist, daß jeder angegriffene Punkt in der Begründungsschrift enthalten sein muß. Es ist dem Rechtsmittelführer vielmehr unbenommen, seinen Sachvortrag nachfolgend zu ergänzen. Statuieren die Vorschriften der §§ 525, 537 ZPO⁶ eine umfassende Prüfungspflicht des Rechtsmittelgerichts, so zeigt § 527 ZPO, daß auch außerhalb der Begründung der Parteien und nach Ablauf der Begründungsfrist noch Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden können.⁷ Nur muß dann eine Präklusion gewärtigt werden.⁸

Eine Beschränkung der Angriffsmittel in der Rechtsmittelbegründung bedeutet daher noch keine Verfahrensdisposition. Dieses Verständnis scheitert schon daran, daß nicht alle Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Begründungsschrift vorgebracht werden müssen (arg.ex §§ 527, 296 ZPO). Das Gericht hat das vorinstanzliche Urteil in vollem Umfang nachzuprüfen (§§ 525, 537, 559 ZPO).

2. Ausdrückliche Rechtsmittelbeschränkung

Diskutiert wird, ob der Rechtsmittelführer ausdrücklich erklären kann, er wolle nur über einen oder bestimmte Punkte und z. B. nicht über die Fälle der Sittenwidrigkeit streiten.⁹ Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

- (1) Das Erstgericht bejaht einen wirksamen Vertrag. Der Beklagte greift mit der Berufung die fehlende Sittenwidrigkeit an.
- (2) Das Erstgericht bejaht eine wirksame Einigung, nimmt aber Sittenwidrigkeit an. Hier wird der Kläger die Einigung auch im Rechtsmittelverfahren bindend unterstellen wollen.

a) Die herrschende Ansicht

Zulässig ist die Disposition über einen einzelnen Verfahrensgegenstand, der auch durch Teilurteil entschieden werden könnte. Im übrigen lehnt man überwiegend die Zulassung einer Disposition im Rahmen eines unteilbaren Anspruchs ab.¹⁰ Die Begründung unterscheidet sich kaum von der, mit der generell Rechtsdispositionen verneint werden. Den Parteien stehe kein Verfügungsrecht über Rechtsfragen zu. Gründe der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung¹¹ stünden einer anderen Beurteilung entgegen.

Sell¹² verweist für die zweite Fallvariante¹³ weiter darauf, daß es eine unzulässige "Verfügung über das Verfahren" bedeute, beschränke der Kläger die Berufung auf ihm ungünstige Punkte. Die Vorschriften, die eine umfassende Nachprüfung anordnen, würden außer Kraft gesetzt.

b) Zulassung einer Rechtsmittelbeschränkung

Gegenteiliger Auffassung ist Grunsky.¹⁴ Seiner Ansicht nach sind Rechtsdispositionen ohnehin weitgehend statthaft.¹⁵ Gleiches müsse auch für das Rechtsmittelverfahren gelten. Dabei beruft er sich auf die Interessenlage. Beschränke der Beklagte die Berufung auf einen Punkt, so könne diese Streitbegrenzung dem Kläger nur Recht sein. Andererseits liege aber auch keine unzulässige Verfahrensdisposition vor,¹⁶ wenn der Kläger mit einem Rechtsmittel ihm günstige Punkte nicht angreifen wolle. Denn mit jeder Disposition werden Vorschriften außer Kraft gesetzt. Bei Tatsachendispositionen seien dies die Beweisvorschriften. Im übrigen fehle es an einer Verfügung zu Lasten des Beklagten.¹⁷ Der Kläger sei insoweit nicht beschwert; dem Beklagten stehe es frei, seinerseits ein Rechtsmittel einzulegen.¹⁸

Grunsky¹⁹ sieht für den zweiten Fall²⁰ eine Parallele zur Frage, inwieweit obiter dicta an der Rechtskraft teilnehmen. Das Gericht hätte die Einigung nicht zu entscheiden brauchen. Es hätte genügt die Klageabweisung allein auf die Sittenwidrigkeit zu stützen. Nimmt man Rechtskraft der "obiter dicta" an, müsse man zu einer Möglichkeit der Rechtsmittelbeschränkung kommen.²¹

c) Die Auffassung des Kammergerichts

Eine Mittelstellung nimmt hier das KG²² ein. Eine Beschränkung des Rechtsmittels solle nur dann möglich sein, wenn die Partei sich eine vertretbare Ansicht des Erstrichters zueigen macht.

d) Stellungnahme

Die Würdigung der vorgenannten Meinungen ist angesichts der an-

geführten Argumente bereits vorgegeben. Eine Verfahrensdisposition der Parteien im Rechtlichen ist zu verneinen.²³ Damit ist an sich schon die Möglichkeit einer Disposition im Wege einer Rechtsmittelbeschränkung verneint. Selbst Grunsky²⁴ gesteht dies für unseren Ausgangspunkt zu.

Doch sei ein Eingehen auf die weiteren Argumente betreffend die zweite Fallgestaltung in der gebotenen Kürze gestattet, wobei insbesondere die Einordnung der Entscheidung des KG zu suchen ist: Grunskys²⁵ Hinweis auf die Rechtskraft in obiter dicta mag zwar eine vergleichbare Problematik betreffen, doch ist bei der Frage der Überprüfbarkeit der vorinstanzlichen Entscheidung eben nicht nur die Teilbestandskraft des Urteils betroffen. Es hätte das Erstgericht - wie Grunsky zutreffend ausführt - nichts zur Einigung der Vertragsparteien sagen müssen, wenn es die Sittenwidrigkeit bejahte. Hat es aber nun Ausführungen dazu gemacht, so kann der Beklagte im Falle, daß das Berufungsgericht die Sittenwidrigkeit verneint, nicht besser oder schlechter stehen. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung des Beklagten kann nur verwundern. Sicherlich, eine Anschlußberufung erfordert keine Beschwerde und ist daher ohne weiteres möglich.²⁶ Doch fehlt angesichts des Urteilsausspruchs des vorinstanzlichen Urteils jeglicher Anlaß zu einem solchen Verhalten. Der Beklagte hat obsiegt. Aus welchem Grund soll er die Einigung angreifen, da ihm doch die Annahme der Sittenwidrigkeit zur Erreichung seines Zieles genügt. Die gegenteilige Auffassung Grunskys scheint ebenso wie Würthweins²⁷ Ansicht auf einer Verkennung des "wahren" Konflikts zu beruhen.²⁸

Weiterhin ist die Berufung auf BGHZ 7, 62 und BGHZ 53, 152 unbehelflich. In den genannten Entscheidungen wird allein die Frage behandelt, inwieweit die Revision statthaft ist. Die beschränkte Zulassung durch das OLG stellt ein Problem der Vorschrift des § 546 ZPO, nicht aber der Rechtsmittelbeschränkung dar.

Zur Argumentation Grunskys²⁹ sei zudem angemerkt: Er wirft Sell vor, dieser bejahe bei Rechtsmittelbeschränkungen zu Unrecht eine

Verfügung über das Verfahren.³⁰ Eine solche sei aber auch bei Tatsachendispositionen über die Beweisvorschriften gegeben. So einleuchtend diese Argumentation zunächst klingt, so wenig kann ihr gefolgt werden. Crunsky³¹ vergißt bei alledem, auf die Natur der Vorschriften, über die disponiert wird, abzustellen. Das Beweisverfahren ist für den Zivilprozeß fakultativ vorgesehen, nicht so aber die Vorschriften der §§ 525, 527, 559 ZPO. Diese zwingen das Gericht zu einer vollständigen Überprüfung des Ersturteils.

Doch wie verhält es sich nun mit der Entscheidung des KG?³² Hier lag der Sachverhalt etwas anders. Das Erstgericht hatte den Darlehensvertrag der Parteien als sittenwidrig und nichtig angesehen und somit dem Rückzahlungsanspruch in wesentlich geringerem Umfang (die Zinssumme betreffend) aus ungerechtfertigter Bereicherung stattgegeben. Mit der Berufung wandte sich der Kläger nur dagegen, daß zu Unrecht einzelne Beträge abgesetzt worden seien. Im übrigen nahm er die Sittenwidrigkeit aber hin. Diese Fallgestaltung gleicht unserer ersten Gestaltungsmöglichkeit.³³ Beide Parteien haben eigentlich kein Interesse mehr am Streit um die Sittenwidrigkeit. Dennoch, eine Möglichkeit zur Ausklammerung dieses Komplexes im Rechtsmittelweg wurde aus den Vorschriften der §§ 525, 537 ZPO abgelehnt. Den Parteien ist das Recht zur Disposition entgegen der Auffassung des KG entzogen. Zwar verlangt das Gericht eine vertretbare Auslegung des erstinstanzlichen Richters, die sich die Parteien zu eigen machen. Wie die Vertretbarkeit zu überprüfen ist, wird aber nicht ausgeführt. Hält man sich an die gerade bei der Sittenwidrigkeit strengen Anforderungen, die der BGH³⁴ in objektiver und subjektiver Hinsicht aufgestellt hat, kann dies eigentlich nur eine vollständige Nachprüfung der erstinstanzlichen Würdigung bedeuten.³⁵ Kommt es zur Annahme der Vertretbarkeit, wäre jeder neue Tatsachenvortrag ausgeschlossen. Dies mag im Einzelfall keine Rolle spielen; in dieser Allgemeinheit kann einerseits eine volle Überprüfung, andererseits der Ausschluß von neuem Tatsachenvortrag jedoch nicht als sachgerecht hingenommen werden.

3. Ergebnis

Rechtsdispositionen sind in derselben Instanz ebenso zu behandeln wie im Rechtsmittelzug. Eine Beschränkung der Überprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung auf einzelne Punkte kann nicht durch eine Beschränkung der Rechtsmittelbegründung erfolgen.

Anmerkungen:

- 1) NJW 1984, 177 (178).
- 2) NJW 1983, 291.
- 3) So OLG Celle als Vorinstanz zu BGH, NJW 1984, 177, vgl. die Gründe des BGH, a. a. O., I 1; auch BGH, NJW 1971, 807 m. abl. Anm. Dehner = ZZP 84 (1971), 445 m. abl. Anm. Schwab; BGH, WM 1977, 941; BGH, NJW 1968, 396.
- 4) BGH, NJW 1984, 177 (178); KG, NJW 1983, 291; OLG Bamberg, NJW 1979, 2316; RGZ 109, 89; RGZ 125, 34; RGZ 143, 393 ff.; Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 519, Rdnr. 2 81; Thomas-Putzo, ZPO, § 519, Anm. 3 Nr. 2 a; Wieczorek, ZPO, § 519, Anm. D II; Jauernig, ZPR, § 73 III; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 138 II 2 c d; Gilles, AcP 177 (1977), 189 (244 ff.); Grunsky, Anm. zu AP Nr. 24 zu § 519 ZPO; ders., ZZP 88 (1975), 49 (60); Mittenzwei, MDR 1972, 468; Sell, S. 110 ff.
- 5) BGH, NJW 1984, 177 (178); BGH, WM 1979, 619; vgl. auch Körting, AcP 142 (1939), 92 (104) unter Hinweis auf die Begründung der Neufassung von § 519 ZPO durch das Gesetz vom 27. 10. 1933; vgl. auch Zöllner-Schneider, ZPO, § 519, Rdnr. 33.
- 6) Im Revisionsverfahren ist § 559 ZPO zu beachten.
- 7) BGH, NJW 1984, 177 (178); Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 519 Rdnr. 31; Wieczorek, ZPO, § 519, Anm. D II; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 138 II 2 c, d.
- 8) Für das arbeitsgerichtliche Verfahren ist die Sondervorschrift des § 67 II ArbGG zu beachten.
- 9) Vgl. Grunsky, ZZP 88 (1975), 49 (61).

- 10) BGH LM Nr. 27 zu § 546 ZPO; BAGE 2, 310 (326, 327); Thomas-Putzo, ZPO, § 519, Anm. 3 Nr. 2 a, § 546, Anm. 3 a; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 546, Anm. 3; Sell, S. 140 ff. zumeist unter Berufung auf BGHZ 9, 357.
- 11) BAGE 2, 310 (312).
- 12) S. 147 ff.
- 13) Oben 2.
- 14) Z郑 84 (1971), 129; ders., Z郑 88 (1975), 40 ff.; ders., Grundlagen, § 3 II 3, § 47 V 1 c; offen Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 543, Anm. VI 2 a a. E.
- 15) Siehe oben § 9 II 3 a.
- 16) So Sell, S. 145.
- 17) So Sell, S. 147.
- 18) Grunsky, Z郑 88 (1975), 49 (62). Bestärkt sieht er sich in dieser Ansicht durch zwei Entscheidungen des BGH (BGHZ 27, 62; BGHZ 53, 152; letztere mit zust. Bespr. von Pawlowski, JZ 1970, 506). In der ersten Entscheidung war vom OLG die Revision nur in einer Teilfrage zugelassen worden. Im zweiten Fall war gegen einen Zahlungsanspruch die falsche Verrechnung und eine bestehende Provisionsgarantie eingewendet worden. Nur wegen der Garantie bejahte die Vorinstanz die grundsätzliche Bedeutung.
- 19) Z郑 88 (1975), 49 (63).
- 20) Oben 2.
- 21) Vgl. dazu bejahend Grunsky, Grundlagen, § 47 V 1 c; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 322, Anm. X 4; verneinend Rimmelspacher, Materieller Anspruch, S. 257; Dietrich, Z郑 83 (1970), 201 (210).
- 22) NJW 1983, 291.
- 23) Vgl. oben § 11 III, IV.
- 24) Z郑 88 (1975), 49 (61).
- 25) Z郑 88 (1975), 49 (63).
- 26) BGH, NJW 1980, 702; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 139 IV 2.
- 27) S. 103 ff.; vgl. oben § 11 IV.
- 28) Siehe oben § 11 IV 3 a.
- 29) Z郑 88 (1974), 49 (62).

30) S. 147.

31) ZZP 88 (1975), 49 (61 ff.).

32) NJW 1983, 291.

33) Siehe oben 2.

34) BGHZ 80, 153.

35) Siehe bereits oben § 9 I 1 e.

VI Ergebnis

Weder die Privatautonomie noch die tatsächliche Parteifreiheit können die Grundlage einer rechtlichen Verfahrendisposition einer Partei im Zivilprozeß bilden. Jeweils gebricht es an der notwendigen Kongruenz zwischen materieller und prozessualer Befugnis der Parteien. Auch Lösung des "wahren Konflikts" der Parteien vermag ein anderes Ergebnis nicht zu begründen. Bei Nichtbeachtung der Parteidisposition wird dieser ebenso einer Lösung zugeführt.

Damit ist die Frage nach der Zulässigkeit und Bindung einvernehmlicher Rechtserklärungen der Parteien abschliessend¹ zu beantworten: Eine tragfähige Grundlage für derartiges Prozeßverhalten war nicht festzustellen. Eine solche ist aber im Hinblick auf die Bindung des Richters an Gesetz und Recht unerlässlich,² will man derartigen Prozeßhandlungen Bindungswirkung beimessen. Dispositionen der Parteien über Rechtsfragen sind damit als nicht statthaft und nicht bindend anzusehen.

Anmerkungen:

- 1) Dies gilt grundsätzlich auch für einfache Rechtsfragen. Vgl. unten § 12 I. Ob hinsichtlich der Rechtstatsachen eine andere Beurteilung angebracht ist, wird unten § 12 II untersucht werden.
- 2) Siehe oben § 11 II 2 b.

§ 12 Disposition über Rechtstatsachen und "einfache" Rechtsfragen

Aus der bisherigen Diskussion waren einfache Rechtsfragen und Rechtstatsachen (wie z. B. Eigentum, Besitz, Kauf) ausgeklammert worden.¹ In Literatur² und Rechtsprechung³ werden sie zumeist als geständnisfähig angesehen. Eine Aufspaltung dieser Begriffe in die tatsächlichen Grundlagen bedeutete einen unnötigen Formalismus, da sie so einfach seien, daß sich die Parteien ihrer Bedeutung im Falle ihres Gebrauchs auch bewußt würden.⁴

Die nunmehrige gesonderte Behandlung dieser Fragen resultiert daraus, daß eine Anführung zumindest einiger dieser Begriffe als Rechtsbegriff zu Inkonsequenzen in der Begründung fehlender Beweiserheblichkeit und Beweiszugänglichkeit führt.⁵ Diesen Umständen soll jetzt genauer nachgegangen werden.

Anmerkungen:

- 1) Siehe oben § 10 I 1 b.
- 2) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 288, Anm. 1 A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II 1 a; Thomas-Putzo, ZPO, § 288, Anm. 1; Zöller-Stephan, ZPO, § 288, Rdnr. 2; Blomeyer, ZPR, § 68 I; Bruns, ZPR, § 29, Rdnr. 156 a; Jauernig, ZPR, § 44 I; Nikisch, ZPR, § 67 I 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1; Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (18); Bruns, annales universitatis saraviensis, Bd. II, S. 240.
- 3) RGZ 58, 54 (Eigentum); RGZ 32, 407 (Eigentum an Obstbäumen); BGH, LM Nr. 50 zu § 675 BGB; BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB (Erbe); BGH, WM 1980, 193 (Bürgschaft).
- 4) Vgl. nur BGH, NJW 1958, 1968; BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB.
- 5) Siehe oben § 10 I 1 b.

I Abgrenzung einfacher und schwieriger Rechtsfragen

Oben¹ wurde festgestellt, die Parteien könnten nicht bindend über Rechtsfragen im Zivilverfahren disponieren. Doch selbst Befürworter eines solchen Ergebnisses machen für sog. einfache Rechtsfragen eine Ausnahme. Gerade wegen ihrer allgemeinen Verständlichkeit sollen diese dennoch geständnisfähig sein.

1. Umfang einfacher Rechtsfragen

Betrachtet man die Stellungnahmen und Entscheidungen zu diesem Problemkreis, so stellt man eine einzelfallbezogene Abgrenzung der einfachen Rechtsbegriffe fest. Hierzu werden "Rechtsbegriffe des täglichen Lebens"² gerechnet, worunter Eigentum,³ Besitz, Kauf, Miete, Darlehen,⁴ Bürgschaft⁵ verstanden werden, also Begriffe, die im täglichen Sprachgebrauch ständig verwendet werden. Die Inhaltsbestimmung wird aber dann fragwürdig, wenn zudem Begriffe wie Erbe, Pflichtteilsberechtigter⁶ oder gar Fragen der Testamentsauslegung⁷ als einfach angesehen werden.

Ausgehend von der Formel, Rechtsbegriffe des täglichen Lebens seien einfach, ergeben sich zwei Bedenken:

a) Die diesem Ausgangspunkt untergeordneten Rechtsbegriffe sind keineswegs ausnahmslos im täglichen Leben (richtig) gebrauchte Ausdrücke. Dies mag für Eigentum, Erbe, Kauf und Darlehen noch angehen. Mit den zugrundeliegenden Konstellationen wird jeder einzelne mehr oder weniger oft konfrontiert. Schwieriger ist schon die Einordnung der Bürgschaft in diesem Rahmen. Irrtümer sind nicht ausgeschlossen, insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung zu selbständiger und unselbständiger Garantie. Fragen der Testamentsauslegung sind endlich keineswegs als einfach zu werten;⁸ den Parteien fehlt neben der Objektivität zumeist auch die Kenntnis der dedizierten Auslegungsmodalitäten und -vorschriften des Erbrechts.

b) Wollte man aber einige Rechtsbegriffe des täglichen Lebens ent-

sprechend weit fassen, daß die aufgezeigten Diskrepanzen vermieden werden, so fielen weitere Rechtsbegriffe darunter, und wären dementsprechend disponibel, die aber einhellig ausgeschlossen sein sollen. Zu nennen sind insbesondere die Hypothek und die Grundschuld. Angesichts der heutigen Lebenssituation, da weite Teile der Bevölkerung ein eigenes Haus sich bauen oder kaufen, könnte man mit der gleichen Berechtigung, mit der man den Begriff eines Darlehens als einfach betrachtet, davon ausgehen, daß auch die dinglichen Sicherungen ebenso im Bewußtsein der Bevölkerung verankert sind, daß man von der richtigen Verwendung dieser Begriffe ausgehen kann. Dennoch hat - soweit ersichtlich - bisher noch niemand den Ausführungen Lents⁹ widersprochen, der die Hypothek als schwierigen Rechtsbegriff ansah.

2. Einfache Rechtsfragen und Disposition

Eine Abgrenzung einfacher von schwierigen Rechtsfragen ist zur Problemlösung ungeeignet. Zu sehr steht die Zweischneidigkeit dieser Argumentation im Vordergrund. Die juristische Bedeutung sog. einfacher Rechtsfragen und -begriffe wird von den Parteien öfter verkannt, als dies bei den schwierigen der Fall ist. Die mannigfaltigen Verwechslungen zwischen Miete und Leihe, Besitz und Eigentum sind ein beredtes Beispiel hierfür. Schwierigeren Begriffen, wie auch z. B. der Hypothek, wird im Detail mehr Aufmerksamkeit zugewandt.¹⁰

Zudem ist nicht nur das Recht einem Wandel unterworfen, sondern auch die Rechtsinstitute. Angesprochen wurde bereits, daß die Bedeutung einer Hypothek und noch mehr der Grundschuld durch den Wandel in den heutigen Lebensverhältnissen weitaus stärker im Vordergrund steht, als dies vor einigen Jahrzehnten noch der Fall war. In gleicher Weise wurde die Bürgschaft zurückgedrängt. Andererseits bildet auch das praeter legem entwickelte Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung unter Verdrängung des Pfandrechts ein Beispiel dafür, daß die Verwendung der gesetzlich geregelten Rechtsinstitute sehr den jeweiligen Lebensverhältnissen und dem

Wandel der Zeit unterliegt. Ein heute gängiges und bekanntes Rechtsinstitut muß morgen nicht auch noch im Bewußtsein der Bevölkerung derart verankert sein, daß jedermann sich bei Verwendung der konkreten Bezeichnung auch das richtige vorstellen wird. Auf Grund dieses ständigen Wandels kann die Abgrenzung in einfache und schwierige Rechtsfragen nicht letztverbindlich vorgenommen werden. Somit kann aber auch die Frage der Geständnisfähigkeit von Rechtsfragen nicht auf dieser Unterscheidung fußen.

Anmerkungen:

- 1) Siehe oben § 11 VI.
- 2) Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1.
- 3) RGZ 32, 409; RGZ 58, 54; RG, JW 1905, 682; RG, Recht 1908, Nr. 3396; RG, JW 1913, 385; BGH, NJW 1958, 1968.
- 4) BGH, NJW 1958, 1968; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 288, Anm. II 1; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1 m. w. N.
- 5) BGH, WM 1980, 193 (194).
- 6) RGZ 10, 365, BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; BGH, NJW 1984, 1866; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1.
- 7) RG, JW 1901, 6 ff.; RG, JW 1925, 765 m. zust. Anm. Wach, BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; BGH, LM Nr. 1 zu § 133 BGB.
- 8) Zutreffend hat RG, WarnRspr 30 (1938), Nr. 54 diese Ansicht aufgegeben.
- 9) Gesetzeskonkurrenz II, S. 78 ff.
- 10) Vgl. Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 78 ff., 30.

II Behandlung sog. Rechtstatsachen

Rechtstatsachen sind bisher nur als "einfache" Rechtsfragen behandelt worden, ohne sie inhaltlich genauer zu bestimmen. Weitgehend verwendet man diesen Ausdruck synonym für "einfache Rechtsbegriffe". Insbesondere wurde bisher auch unterstellt, daß es sich bei ihnen um rechtliche Begriffe und nicht um Tatsachen handelt.

Nikisch¹ versteht unter Rechtstatsachen "Rechte und Rechtsverhältnisse, wenn damit tatsächliche Vorgänge oder Zustände durch Verwendung rechtlicher Begriffe gekennzeichnet werden sollen". In solchen Fällen will er Rechtstatsachen sehen, die den Tatsachen so weit angenähert sind, daß sie wie diese als geständnisfähig betrachtet werden müssen.² Unter dieser Definition werden die oben erwähnten Begriffe wie Eigentümer, Besitzer, Mieter, Kaufvertrag, Darlehen u. ä. erfaßt.

Ohne eine genauere eigene Begriffsbestimmung unternommen zu haben, ist der Argumentation Nikisch's nicht von vornherein jegliche Berechtigung abzusprechen. Es sind durchaus, wie Lent³ formuliert, "beweisbedürftige Rechtsbehauptungen" denkbar. Dies erscheint zwar zunächst als Widerspruch: Rechte sind weder beweisbedürftig noch beweis zugänglich. Eine Ausnahme gilt allenfalls für fremdes Recht (§ 293 ZPO). Der Ausdruck Lents mag als solcher ungenau sein, sein Aussagegehalt bleibt davon unberührt. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Bsp.:⁵ Der Kläger verlangt vom Beklagten die Herausgabe seines PKW. Dieser habe das Auto ohne sein (des Klägers) Wissen und Wollen an sich genommen. Der Beklagte wendet ein, das KFZ gehöre in Wahrheit dem X und nicht dem Kläger.

Bsp. 2: Der Kläger verlangt vom Beklagten ein Fahrrad heraus. Er trägt vor, Besitzer des Rades gewesen zu sein. Der Beklagte habe das Fahrrad unerlaubt mitgenommen. Dieser bestreitet den Herausgabeanspruch des Klägers. Vielmehr habe der X den Kläger mit dem Fahrrad besucht; er (der Beklagte) habe das Rad dann dem X entwendet.

Bsp. 3: Der Kläger verlangt die Rückgabe eines Fernsehers, den seine Frau F, mit der er im gesetzlichen Güterstand lebt, an den

Beklagten ohne seine Zustimmung verkauft hat. Der Beklagte wendet ein, der Kläger lebe mit der F nur in "wilder Ehe". Er habe den Fernseher daher kraft guten Glaubens zu Eigentum erworben.

Bsp. 4: Die Parteien streiten um die Gewährleistung für ein Funkgerät. Der Kläger behauptet, das Gerät vom Beklagten gemietet zu haben; es weise aber nicht die im Mietvertrag vereinbarte Reichweite auf. Der Beklagte gesteht die beabsichtigte Miete zu, bestreitet aber das Zustandekommen des Vertrages. Der Kläger habe das Gerät nur zur Probe erhalten.

Die genannten Beispielsfälle weisen eine Gemeinsamkeit auf: Im Streit befinden sich mit Eigentum, Besitz, Ehe und Vertragsschluß jeweils sog. Rechtstatsachen. Ein diese Begriffe ausfüllender Tatsachenvortrag fehlt. Erst aus diesem ergäbe sich streng genommen die Schlüssigkeit des jeweiligen Begehrens.⁶ Diese kann durch den Vortrag rechtlicher Wertungen nicht ersetzt werden. Die rechtliche Bewertung ist Sache des Richters.⁷

Die angedeutete Konsequenz der Klageabweisung wird aber zu Recht von niemandem gezogen. Wie sollte das Tatsachenvorbringen bei derart geläufigen Begriffen aussehen? Am einfachsten wäre noch der Besitz mit der vom Willen getragenen tatsächlichen Sachherrschaft⁸ zu beschreiben. Ähnliches gilt für den Vertragsschluß, wenngleich hier größere Unsicherheitsfaktoren bestehen können. Man kann ihn mit der Annahme eines bestimmten Angebots, mit dem Ziel der Herbeiführung einer gemeinsamen Rechtsfolge bezeichnen. Fraglich bleibt dann jedoch, ob dem "Angebot" nicht auch lediglich rechtliche Bedeutung zukommt. Letzterenfalls ist die Abgrenzung zur "invitatio ad offereendum" von Bedeutung. Die Umständlichkeit, den Eigentümerbegriff mit Tatsachen auszufüllen, wurde bereits geschildert.⁹ Diese ergibt sich auch für die tatsächliche Umschreibung des Ausdrucks "Ehe"; sind nur die Voraussetzungen des § 11 EheG zu nennen oder erfordert dies auch Ausführungen zu den negativen Verbotsnormen des Gesetzes?

Dies alles belegt, daß die Umschreibung dieser sog. Rechtsbegriffe durch Tatsachen zwar keineswegs unmöglich, doch, wie wohl - gerade am Beispiel des Eigentums - deutlich wurde, mit einigen Klümmzügen sprachlicher Art verbunden ist. Diese Schwierigkeiten

sind vermeidbar und werden in der Praxis auch vermieden. Es wird dann eben über Eigentum, Besitz, Ehe oder Vertragsschluß Beweis erhoben. Dies ist letztlich nichts anderes, als eine Überprüfung der Tatsachengrundlage, ob z. B. der Kläger das KFZ veräußert hat (Bsp. 1), ob X den Kläger mit dem Fahrrad besucht hat (Bsp. 2) etc. Im Beispielsfall 1 würde z. B. ein Blick in den KFZ-Brief ausreichen, um die Behauptung der Eigentümerstellung zu beweisen. Entgegen der Vorschrift des § 293 ZPO wäre damit auch ein Rechtsbegriff beweis zugänglich, der im deutschen Recht verwurzelt ist, will man das Eigentum als solchen betrachten.

Über das Ergebnis, die Beweiszugänglichkeit und Beweiseignung sog. Rechtstatsachen herrscht Einigkeit, allerdings gilt es eine Grundlage zu deren Erreichung zu finden. Insbesondere ist zudem noch der Umfang beweisbedürftiger "Rechtsbehauptungen" abzustecken.

1. Begründung der Beweisbedürftigkeit und Geständnisfähigkeit von Rechtstatsachen

Geht es an, die angeführten Begriffe als Rechtsbegriffe anzusehen,¹⁰ aber dennoch u. U. die Beweisbedürftigkeit zu bejahen? Der Beigeschmack dogmatischer Inkonsistenz bleibt. Oder kann man den Begriffen eine andere Natur beimessen, um die Beweiseignung und -bedürftigkeit begründen zu können?

Es ist sicherlich nicht möglich, durch Extension des Tatsachenbegriffs die Geständnisfähigkeit "einfacher Rechtsbegriffe" zu erreichen.¹¹ Der Begriff von Tatsachen ist statisch und eindeutig.¹² Rechtsbegriffe, mögen sie auch noch so sehr den Tatsachen angenähert sein, fallen nicht hierunter. Aber es bleibt zu überlegen, ob eine solche Begriffserweiterung überhaupt notwendig ist, um zur Geständnisfähigkeit dieser Begriffe zu kommen.

Einen Ausgangspunkt zur Problemlösung kann die Ansicht Lents¹³ bieten, die aber in ihrer Begründung noch einer weiteren Korrektur bedarf.

a) Die Ansicht Lents

Lent¹⁴ wendet sich gegen die Auffassung, Rechtsbegriffe seien nicht beweisfähig und beweisbedürftig. Die Richtigkeit dieser Auffassung - von ihm am Beispiel des Eigentums dargestellt - haben wir bereits nachgewiesen. Lent sieht diesen Begriff als geständnisfähig i. S. § 288 ZPO an; der Tatsachenbegriff stehe nicht entgegen.

Ausgangspunkt für diese Annahme ist: Es gelte zwischen Behauptungs- und Beweislast einerseits, die angeben, welche Tatbestandsvoraussetzungen behauptet und bewiesen werden müssen, und der Beweisaufnahme andererseits, die die Führung des Beweises regelt, zu unterscheiden.¹⁵ Beweislast und Beweisaufnahme betreffen nicht notwendig denselben Gegenstand. Schon der Indizienbeweis¹⁶ belege, daß der Beweisgegenstand nicht mit dem zu beweisenden Ergebnis übereinstimmen müßten. Zum Beweis stünden dort diejenigen Umstände, die auf ein bestimmtes Ergebnis, das für den Prozeß erheblich ist, schließen lassen. Gleichermäßen müsse nun auch das Eigentum beweis zugänglich sein. Beweisgegenstand sind diejenigen Umstände, die auf das nach der Beweislast nachzuweisende Recht - Eigentum - schließen lassen.

Mit dieser Begründung kommt Lent¹⁷ zur Geständnisfähigkeit der Rechtstatsachen. Geständnisfähig sei nicht nur der Gegenstand des Beweisverfahrens, sondern auch das nach der Beweislast zu Beweisen- de. Dem entspreche die Intention der Geständnisvorschriften, wonach eine Beweisaufnahme vermieden und dem Gericht die Wahrheitsermittlung untersagt werden soll. Daß § 288 ZPO nur von Tatsachen spricht, stehe diesem Ergebnis nicht entgegen:¹⁸ Aus § 293 ZPO ergebe sich, daß objektives Recht nicht beweis zugänglich ist, subjektive Rechte müßten aber im Rahmen des Tatbestandes behauptet und gegebenenfalls bewiesen werden dürfen.

Daraus resümiert Lent:¹⁹ "Die Behauptung eines Rechts, dessen Bestehen zum Tatbestand eines Anspruchs gehört, ... , ist eine tat-

sächliche Behauptung, die vom Gericht verwertet werden muß, aber nicht, wenn unterblieben, ergänzt werden kann."

b) Kritische Würdigung

Lent liefert eine Begründung für die Auffassung Nikisch,²⁰ ohne auf die extensive Auslegung des Tatsachenbegriffs zurückzugreifen. Das Ergebnis - Geständnisfähigkeit von Rechtstatsachen - leuchtet ein, nicht so die Begründung. So bestechend Lents²¹ Ausführungen auf den ersten Blick erscheinen, die Ausschließlichkeit von Tatsachen und Rechten wird dennoch mißachtet. Verwundern muß zunächst, daß Lent einmal von "subjektiven Rechten" spricht,²² an anderer Stelle aber "Tatsachen" annimmt.²³ Mag dies auch mit der Stellung von Rechtstatsachen zwischen Tatsachen und Rechten²⁴ erklärt werden können, befriedigen kann dieses Verständnis nicht. Es geht auch nicht an, auf den Beweis der aufgestellten Behauptung - einer Tatsache - abzustellen. Nicht die Behauptung als solche, sondern deren Inhalt ist Gegenstand des Verfahrens. Zudem führt seine Lehre wörtlich genommen über die sog. Rechtstatsachen hinaus. Auch z. B. die Sittenwidrigkeit wäre hiernach beweis zugänglich und demnach disponibel. Ihr Nachweis kann ebenso durch die auf sie hindeutenden Umstände erfolgen.

Es ist nicht überzeugend, wenn Lent subjektive Rechte im Rahmen eines Tatbestandes als behauptungs- und beweisbedürftig ansieht, aber andererseits auf Rechte, die zum Tatbestand eines Anspruchs gehören, abstellt. Das subjektive Recht ist der Anspruch als solcher. Ein Anspruch im Anspruch ist selten vorzufinden. Lents Aussage vom subjektiven Recht kann also nur so zu verstehen sein, daß subjektive Rechtspositionen innerhalb eines Anspruchs beweis zugänglich sein sollen. Aber zum Tatbestand eines Anspruchs gehören nicht nur subjektive Rechte. Auch die Sittenwidrigkeit kann von Bedeutung sein und ist in Lents Resümee mitumfaßt; mit seiner vorgehenden Aussage ist dies jedoch nicht in Einklang zu bringen.

c) Eigene Lösung

Die Lösung unserer Ausgangsfrage ist aber dann zu finden, wenn man einen Schritt weiter geht. Die Qualifizierung der Rechtstat-sachen als Zwischenstufe von Tatsachen und Rechten kann zweierlei bedeuten:

- Es kann ein Recht umschrieben sein, das "tatsächliche Vorgänge und Zustände"²⁵ mit umschreibt.
- Es kann ein tatsächlicher Umstand bezeichnet sein, wobei der Bezeichnung tatsächliche wie rechtliche Bedeutung zukommt.

Bisher wurde die Definition im ersteren Sinn stillschweigend als richtig unterstellt. Es wurde davon ausgegangen, das Eigentum umschreibe mit seinem rechtlichen Inhalt zusätzlich eine tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache. Aber, ist es nicht vielmehr so, daß mit der Bezeichnung "Eigentum" eine tatsächliche Beziehung benannt wird? Hat diese tatsächliche Bezeichnung nicht erst durch ihre Verwendung in einem juristischen Obersatz rechtliche Bedeutung erfahren? Erst durch den Schutz der umschriebenen Beziehung gegenüber Eingriffen Dritter wird aus der tatsächlichen Ausschlussbefugnis ein Recht.

Die vorgenannte Aufspaltung führt nicht zu einer Untersuchung, was zuerst war, die Henne oder das Ei. Es ist nicht so sehr entscheidend, ob der durch das Eigentum begründete tatsächliche Zustand vor dessen rechtlichen Schutz bereits so bezeichnet worden war. Was vielmehr zum Ausdruck gebracht werden soll, ist folgendes: Der Begriff Eigentum besitzt eine tatsächliche wie eine rechtliche Komponente. Mit seiner tatsächlichen Beschreibung der Beziehung einer Person zu einer Sache ist ein konkreter, gegenwärtiger Zustand der Außenwelt²⁶ umschrieben. Damit wird eine Tatsache, besser ein Sammelbegriff für einen Tatsachenkomplex bezeichnet. Dem Sammelbegriff kommt dieselbe Natur zu, wie den Einzelbegriffen.

Ein Baum bleibt ein Baum, wenn er auch in einer Gruppe steht. Die neue Bezeichnung Wald betrifft immer nur die Baumgruppe. Gleich-

ches muß für den Bereich der Tatsachen gelten. Wird ein bestimmter Tatsachenkomplex mit einem bestimmten Begriff belegt, so kann dieser keinen reinen Rechtsbegriff darstellen.

Mit diesem Verständnis bestätigt sich die zweite oben getroffene Aussage. Die sog. Rechtstatsachen sind Sammelbegriffe für tatsächliche Vorgänge oder Zustände, denen durch ihre Verwendung in Rechtssätzen auch rechtliche Bedeutung zukommt. In der Verwendung durch die Parteien stellen sie sich als den Rechtsbegriffen synonyme soziale Begriffe dar. Im Gesetz finden sich auch Worte wie Grundstück,²⁷ Reise,²⁸ Wohnung oder Wohnraum,²⁹ Arbeitsplatz³⁰ u. ä.³¹, ohne daß jemand an deren Tatsachenqualität zweifeln würde.

Erst mit diesem Verständnis wird Lents³² Ableitung stimmig. Richtig bleibt, daß die Gegenstände der Beweislast und der Beweisaufnahme sich voneinander unterscheiden können. Die Beweislast (Eigentumsnachweis) erfolgt durch den Beweis der zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände. Dieser von der Beweislast umfaßte Sammelbegriff ist dann auch geständnisfähig; auf eine besondere Auslegung oder ein besonderes Verhältnis des § 288 ZPO kommt es nunmehr nicht an.

Für das gewonnene Ergebnis spricht weiter, was bereits früher³³ angedeutet worden war: Verstünde man unter Eigentum einen reinen Rechtsbegriff, müßte eine Aufspaltung in seine tatsächlichen Grundlagen ohne weiteres möglich sein. Will man eine tatsächlich schwierige Aufspaltung aber vermeiden, so ist es konsequenter, und von der Zivilprozeßrechtsdogmatik eher zu begründen, diesen tatsächliche und rechtliche Bedeutung (Doppelrelevanz) zukommen zu lassen.

2. Umfang der "Rechtstatsachen"

Am Beispiel des Eigentums haben wir begründet, daß sog. Rechtstatsachen als Tatsachenbegriffe mit rechtlicher Komponente zu verstehen sind. Sie sind geständnisfähig. Will man diese Begriffe nun von den "einfachen" Rechtsfragen abgrenzen, so ist es erforderlich, die "Rechtstatsachen" in ihrem Umfang genauer zu bestimmen. Anknüpfungspunkt für einen solchen Versuch einer Grenzziehung kann

Nikisch' Definition³⁴ und zum anderen der zugrundegelegte Tatsachenbegriff³⁵ bilden.

a) Die Definition Nikisch'

Nikisch' Definition von Rechtstatsachen³⁶ kann für sich allein nichts aussagen. Zum einen setzt es unseren Tatsachenbegriff voraus wenn er darauf abstellt, durch geläufige Rechtsbegriffe würden tatsächliche Vorgänge oder Zustände gekennzeichnet. Weiterhin aber - was wesentlicher ist - birgt seine Formel nicht mehr als die Leerformel der "einfachen" Rechtsbegriffe. Was bedeutet z. B. "geläufige Rechtsbegriffe"? Der Kauf wird darunter subsumiert, nicht aber eine Hypothek. Was ist aber mit einem Werkvertrag, einem Reisevertrag oder einer Vormerkung?³⁷

Ein weiteres ist gegen Nikisch' Definition einzuwenden. Er spricht von "Rechten und Rechtsverhältnissen" auch dann, wenn sie "tatsächliche Vorgänge oder Zustände" umschreiben. Wie aber kann ein tatsächlicher Sammelbegriff eines Tatsachenkomplexes ein Recht oder ein Rechtsverhältnis begründen?

Nach alledem kann die Ausgangsfrage allein aus unserem Tatsachenbegriff beantwortet werden. Sog. Rechtstatsachen stellen tatsächliche Begriffe dar. Dem widerspricht nicht, daß die Sammelbezeichnung auch im Rechtssinn verwendet wird.

b) Der Tatsachenbegriff

Tatsachen sind konkrete, raumzeitlich bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Innenlebens.³⁸ Bejaht wurde bereits die Möglichkeit, das Eigentum unter diese Definition zu subsumieren. Mit diesem Begriff wird eine tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache wiedergegeben. Der Zustand ist Dritten zumindest durch eine Parallelwertung erkennbar; er steht unverbrüchlich fest.

Gleiches muß für die in unseren Beispielfällen genannten Begriffe wie Ehe und Besitz bemerkt werden. Die Beziehung zwischen ver-

schiedenen Personen (Ehe) oder die einer Person zu einer Sache ist jeweils ein konkreter, gegenwärtiger Zustand der Außenwelt, in einer zeitlichen Begrenzung (zumindest auf den Tod einer Person).

Nicht so einfach ist die Lage bei dem Vertragsschluß des Beispielsfalls 4. Ein tatsächliches Geschehen ist der Vertragsschluß, betrachtet man ihn einzig als Zeitpunkt der Willensübereinstimmung von den Vertragspartnern. Dies ist jedenfalls soweit zu bejahen, als die Frage der rechtlichen Wirksamkeit des Willensaktes außer Betracht bleibt. Der Vertragsschluß (Aufsetzen einer Vertragsurkunde und deren Unterzeichnung; Handschlag; Austausch von Leistungen mit einer konkludenten Willensübereinstimmung) steht nach außen fest.

Anderes gilt für die rechtliche Wirksamkeit, sowie die vom Einigungsakt losgelöste rechtliche Qualifizierung des Vertrages. Die Wirksamkeit kann sich zwar aus einzelnen Tatsachen (z. B. Minderjährigkeit) beurteilen, ohne aber selbst eine zu sein. Anfechtbarkeit oder Sittenwidrigkeit sind keine Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Innenlebens. Dies ist auch für die rechtliche Einordnung eines geschlossenen Vertrages, als Kauf-, Werk-, Dienst-, Miet- oder Arbeitsvertrag anzunehmen. Die Qualifizierung eines Vertrages als "wirksamen Werkvertrag" (z. B.) beruht auf der Bewertung der tatsächlichen Gegebenheiten anläßlich des Vertragschlusses; sie ist eine rechtliche Wertung.³⁹

3. Einzelfälle

Es ist hier nicht der Ort, alle denkbaren Einzelfälle herauszustellen. Allerdings sollen einige Gruppen geständnisfähiger Rechtstatsachen herausgearbeitet und zur bisherigen Linie der Rechtsprechung in Beziehung gesetzt werden.

Vom Ausgangspunkt unserer Definition⁴⁰ bietet sich eine grundsätzliche Zweiteilung an:

a) Tatsächliche Zustände

Unter dieser Überschrift sind einzelne Beziehungen von Personen untereinander und von Personen zu Sachen zusammengefaßt, wie sie in unseren Beispielsfällen bereits umschrieben sind.

(1) Beziehung von Personen untereinander

Hierher zählt zunächst der Beispielsfall 3. Die Ehe ist eine Tatsache. Sie bezeichnet einen gegenwärtigen konkreten Zustand zwischen zwei Menschen. Gleiches gilt für die Begriffe Verwandtschaft und Verwandtschaftsgrad.

Das RG⁴¹ hatte der Erklärung, offiziell verlobt zu sein, keine Bindungswirkung beigemessen. Dieser Entscheidung ist trotz der vorstehenden Ausführungen beizupflichten. Die Verlobung als solche bezeichnet einen tatsächlichen Zustand. Als "offizielle" Verlobung wird der Tatsache jedoch zusätzlich eine rechtserhebliche Wertung beigelegt, die dem Begriff den tatsächlichen Charakter entzieht.

Zu nennen sind in diesem Zusammenhang des weiteren die Entscheidungen über die Frage der Geständnisfähigkeit der Begriffe "Erbe", "Pflichtteilsberechtigter" und "Nachlaßverwalter". Sämtliche bezeichnen sie eine tatsächliche Beziehung einer Person zum Erblasser bzw. zu den Erben.⁴² Der konkrete durch die Erbfolge geschaffene Zustand, Eintritt des Erben in die Rechtsstellung des Erblassers, Nichteintritt in dieselbe oder die Verwalterstellung betreffend den Nachlaß, mit Wirkung gegenüber den Erben, wird in diesen zum Ausdruck gebracht.

(2) Die Stellung von Personen in der Gesellschaft

In diesem Zusammenhang sind die Entscheidungen des RG zu nennen, um die Frage der Zugehörigkeit des Grafen Franz v. F. zum hohen

deutschen Adel⁴³ oder die Stellung des Fußballspielers Tull Harder als Persönlichkeit der Zeitgeschichte.⁴⁴ In beiden Fällen wurde die entsprechende Parteierklärung als nicht bindend erachtet.

Die Stellung als Persönlichkeit der Zeitgeschichte betraf eine juristische Wertung in § 23 I KunstUrhG. Als solche war dieser Umstand nicht geständnisfähig. Der Entscheidung des RG ist also zuzustimmen, wobei noch ein weiteres für die Richtigkeit dieser Entscheidung spricht. Die Erklärung, eine Persönlichkeit der Zeitgeschichte zu sein, kann nicht als objektive Erklärung zu verstehen sein. Es mag bis zu einem gewissen Umfang persönliche Selbstüberschätzung mitklingen.

Im Fall des Grafen Franz v. F. begründete das RG seine ablehnende Haltung mit der Notwendigkeit rechtlicher und rechtshistorischer Erwägungen, die zur Frage der Adelszugehörigkeit anzustellen waren.⁴⁵ Diese müsse das Gericht anstellen. Man hätte aber nicht so weit ausholen müssen. Adelszugehörigkeit ist eine reine Wertungsfrage, insbesondere, wenn eine besondere Adelsform betroffen ist. Als solche entzieht sie sich einer bindenden Parteierklärung.

Zuzustimmen ist auch dem Ergebnis der Entscheidung des BAG,⁴⁷ in welcher die Überprüfung der Rechtswirksamkeit einer Kündigung aus dem Gesichtspunkt des SchwbG auch dann gefordert wurde, wenn der Kläger sich nicht ausdrücklich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft berufen hatte. Ist diese Anerkennung als Schwerbehinderter eine Tatsache, trifft dies für die Schwerbehinderteneigenschaft jedoch nicht zu. Der Schwerbehindertenbegriff gilt nicht abstrakt für alle Personen. Grundvoraussetzung ist vielmehr, daß der Betreffende rechtmäßig im Geltungsbereich des SchwbG wohnt, sich dort gewöhnlich aufhält oder als Arbeitnehmer beschäftigt ist, § 1 SchwbG. Daneben ist das Bestehen eines körperlichen, geistigen oder seelischen Gebrechens zu verlangen, das die Erwerbsfähigkeit auf längere Sicht oder auf Dauer um mindestens 50 v. H. mindert, § 1 SchwbG. Die Schwerbehinderteneigenschaft ist demnach Folge tatsäch-

licher und rechtlicher Wertungen, selbst aber keine Tatsache. Sie ist nicht disponibel und vom Gericht auf ihr Vorliegen - bei Bestehen tatsächlicher Anhaltspunkte - zu überprüfen.

Aus dem Gesagten ergibt sich weiter die Unrichtigkeit des obiter dictum in der BAG-Entscheidung.⁴⁷ Ist die Schwerbehinderteneigenschaft keine disponible Tatsache, so kann die Erklärung des Klägers, sich hieraus nicht berufen zu wollen, nicht beachtlich sein.⁴⁸

(3) Beziehung von Personen zu Sachen oder Rechten

Der hiermit angesprochene Problemkreis ist vielschichtiger Natur. Der Übersichtlichkeit wegen wird weiter nach den Hauptgesichtspunkten in den vorliegenden Entscheidungen aufgliedert.

(a) Eigentum

Der Begriff des Eigentums war bereits Gegenstand ausführlicher Erörterungen. Ihm wurde auch Tatsachenqualität beigemessen.⁴⁹ Diesem Ergebnis wollte das RG⁵⁰ in einer Entscheidung Rechnung tragen. Die Geständnisfähigkeit des Eigentums wurde bejaht, doch siedelte er dieses Prozeßverhalten zwischen Geständnis und Anerkenntnis an. Mit den genannten Prozeßhandlungen teile es lediglich die "Natur eines prozessualen Dispositionsakts".

Eine solche allgemeine Dispositionsbefugnis ist nach dem gewonnenen Verständnis im Verfahren nicht gegeben. Die Geständnisfähigkeit einzelner Begriffe folgt allein aus ihrer Rechtsnatur; beim Eigentum ist die Dispositionsmöglichkeit nach § 288 ZPO zu bejahen.

Von diesem Ausgangspunkt sind die Entscheidungen abzulehnen, in denen die Geständnisfähigkeit des Eigentums an Kundenrimessen,⁵¹ des Eigentums auf Ackergut⁵² bzw. der Schiffseignereigenschaft⁵³ verneint wurde. Entgegen der darin vertretenen Auffassung handelt es sich gerade nicht um eine nicht geständnisfähige Rechtsfrage.

Umgekehrt ist daher dem weiteren RG-Urteil⁵⁴ zuzustimmen, das das Eigentum an Obstbäumen als geständnisfähig betrachtet.

(b) Pfandrecht

Vom Begriffswortlaut her könnte man geneigt sein, ein Recht anzunehmen und damit die Beweisbedürftigkeit, wie die Dispositionsmöglichkeit zu verneinen. Von daher wäre man gehalten dem RG⁵⁵ beizupflichten, das ein Zugeständnis, an einer zwangsweise versteigerten Liegenschaft habe eine Partei ein Unterpfandrecht erworben, als nicht bindend ansah.

Das Pfandrecht beschreibt - wie das Eigentum - eine besondere Beziehung des Pfandgläubigers zu einer Pfandsache. Gibt das Eigentum eine umfassende Befugnis, mit dem Gegenstand zu verfahren (§ 903 BGB), so ist die Rechtsstellung beim Pfandgläubiger beschränkt. Aus der Verpfändung hat er nur ein Behaltens-, Verwertungs- und Befriedigungsrecht und u. U. ein Nutzungsrecht (§ 1213 BGB).⁵⁶ Mit dem Begriff "Pfandrecht" wird aber nicht allein die Summe einzelner Rechtspositionen wiedergegeben. Vielmehr kommt auch das tatsächlich bestehende zeitlich beschränkte Herrschaftsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandgegenstand zum Ausdruck. Damit ist aber eine geständnisfähige Tatsache umschrieben.

(c) Sonstige "Rechte" an Gegenständen, Rechten oder Forderungen

Mit Urteil vom 07.04.1913 lehnte das RG⁵⁷ die Bindung an ein Geständnis, der Klägerin stünde ein Recht an einer gekauften Gerechtsame (hier: Wasserbenutzungsrecht) zu.

Auch hier gilt das Vorerwähnte. Das Geständnis betraf die Herrschaftsbeziehung der Klägerin zur Gerechtsame. Diese ist entgegen reichsgerichtlicher Auffassung tatsächlicher Natur und damit geständnisfähig.

Mit dieser Auffassung steht die zutreffende früher ergangene RG-Entscheidung⁵⁸ nicht in Widerspruch. Dort wurde eine Disposition

der Parteien dahingehend, daß der Klägerin irgendwelche Rechte am streitigen Forderungsbetrag zustehen, als unbeachtlich angesehen. Eine Diskrepanz zu den vorstehenden Ausführungen ergäbe sich allenfalls, wenn eine konkrete Beziehung vorgetragen worden wäre. Da dies nicht der Fall war, fehlte insoweit noch ein überprüfbarer geständnisfähiger Tatsachenvortrag.

(d) Haltereigenschaft

Das RG⁵⁹ hatte eine Disposition über die Eigenschaft als KFZ-Halter verneint. Dieser Entscheidung kann nicht beigetreten werden.

Halter ist, wer ein Fahrzeug "für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt".⁶⁰ Die Verfügungsgewalt ist nicht mit der Verfügungsmacht identisch; im Vordergrund steht nicht der rechtliche, sondern der tatsächliche Aspekt des Herrschaftsverhältnisses.⁶¹ Diese tatsächliche Herrschaftsbeziehung ist auch geständnisfähig.

b) Auslegungsfragen betreffend Verträge und Willenserklärungen

(1) Rechtliche Qualifizierung von Verträgen und Vertragswirksamkeit

Die Einordnung eines Vertrages als Kauf-, Miet-, Werk-, Gesellschafts- oder sonstigen Vertrag ist nicht disponibel.⁶² Zwar ist der Akt des Vertragsschlusses, der Einigungsakt, tatsächlicher Natur. Die rechtliche Qualifizierung des zur Entstehung gelangten oder in Aussicht genommenen Vertrages beinhaltet aber lediglich eine rechtliche Wertung.⁶³

Dieses Ergebnis widerspiegelt sich auch in der Rechtsprechung, soweit die Vertragswirksamkeit betroffen ist.⁶⁴ Die dort gezogenen Konsequenzen werden aber auf die rechtliche Qualifizierung von Verträgen nicht übertragen.⁶⁵

(2) Auslegungsfragen

Damit ist das gesamte Zivilrecht umfaßt; jeder Vertrag kann ausfüllungsbedürftige Punkte enthalten. Die Rechtsprechung zu diesem Fragenkreis ist entsprechend uneinheitlich.⁶⁶

Eine Bindung an Parteierklärungen betreffend die Auslegungsfragen ist zu verneinen. Der Grund hierfür liegt in der Natur solcher Dispositionen. Das Gericht wird angewiesen, von einer bestimmten Wertung, zumeist rechtlicher Art, auszugehen. Eine solche Anweisung ist unbeachtlich. Eine Wertung beinhaltet keine tatsächliche Erklärung.

4. Zusammenfassung und Formulierung einer Lösung

Es wurde festgestellt, daß gewisse als Rechtsbegriffe bezeichnete Formulierungen des Gesetzes beweis zugänglich und beweisbedürftig sein können. Von daher ergibt sich die alleinige Konsequenz, diese Begriffe auch als geständnisfähig zu betrachten. Der darin liegende Widerspruch kann nur so aufgelöst werden, indem man diese auch als tatsächliche Begriffe erkennt.

Der bislang auch hier noch weiterverwendete Begriff der Rechtstatsachen ist insoweit obsolet, als die in Gesetz und Rechtssprache verwendeten Worte je nach ihrer Verwendung entweder Tatsachen oder Rechte bezeichnen. Eine Zwischenstufe im Sinne Nikisch⁶⁷ ist nicht anzuerkennen. Seine Definition vermag allenfalls als Ausgangspunkt zur Einordnung der sog. Rechtstatsachen dienen; welche als Rechtstatsachen bezeichneten Begriffe geständnisfähig sind, kann ihr nicht entnommen werden. Sie führt zudem zu einer allzuweiten Geständnismöglichkeit, da sie auch sog. "einfache Rechtsverhältnisse" mitumfaßt.

Die Einordnung kann nur mit dem hier zugrundeliegenden Tatsachenbegriff erfolgen. Aus der Formulierung, daß mit dem jeweiligen Begriff ein konkreter gegenwärtiger oder vergangener raumzeitlich

bestimmter Zustand oder Vorgang der Außenwelt oder des menschlichen Innenlebens bezeichnet sein muß, ergibt sich eine eindeutige Einordnungsmöglichkeit der "Rechtstatsachen" als Tatsachenbegriffe. Negativ kann zudem danach abgegrenzt werden, daß der jeweilige Begriff keine juristische Wertung enthalten darf.

Anmerkungen:

- 1) ZPR, § 67 I 2.
- 2) Nicht ganz eindeutig ist Nikisch' Diktion insoweit, ob er ein Geständnis von Rechtstatsachen annehmen will und ein An-
erkenntnis ausschließt.
- 3) Gesetzeskonkurrenz II, S. 89.
- 4) Siehe oben § 10 I 1 b.
- 5) Fall oben § 10 I 1 b.
- 6) Thomas-Putzo, ZPO, vor § 253, Anm. IV B 1; Rosenberg-Schwab,
ZPR, § 98 II 2 b m. w. N. zur Substantiierungs- und Individualisierungstheorie.
- 7) Siehe oben § 11 VI, § 12 I.
- 8) Vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 854, Anm. 1
- 9) Siehe oben § 10 I 1 b.
- 10) So BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; BGH, NJW 1958, 1968; Nikisch,
ZPR, § 67 I 2; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 117 I 1; Lent, Ge-
setzeskonkurrenz II, S. 78 ff.
- 11) So aber Nikisch, ZPR, § 67 I 2.
- 12) Vgl. oben § 2 II und § 8 I.
- 13) Gesetzeskonkurrenz II, S. 83 ff.
- 14) Gesetzeskonkurrenz II, S. 83 ff.
- 15) Gesetzeskonkurrenz II, S. 83.
- 16) Gesetzeskonkurrenz II, S. 84.
- 17) Gesetzeskonkurrenz II, S. 85 ff.
- 18) Gesetzeskonkurrenz II, S. 87 ff.

- 19) Gesetzeskonkurrenz II, S. 89.
- 20) ZPR, § 67 I 2.
- 21) Gesetzeskonkurrenz II, S. 83 ff.
- 22) Gesetzeskonkurrenz II, S. 87.
- 23) Gesetzeskonkurrenz II, S. 89 (ausdrücklich); S. 84 ff. (aus dem Zusammenhang: "Tatbestandsstücke").
- 24) Lent, Gesetzeskonkurrenz II, S. 79; Hellwig, System I, § 149 I, IV, V; Kleinfeller, § 87 b, Anm. 5; Wittmaack, AcP 88 (1898), 59 ff.
- 25) Nikisch, ZPR, § 67 I 2.
- 26) Siehe oben, § 2 II. Vgl. auch Henke, ZZP 81 (1968), 196 (219).
- 27) Z. B. in §§ 95, 96, 873 ff., 1113 ff. BGB.
- 28) §§ 651 a ff. BGB.
- 29) Z. B. in §§ 564 a, b, 565 BGB.
- 30) Z. B. in § 612 b BGB.
- 31) Die vorstehende Aufzählung ist auf das BGB beschränkt. Die genannten Begriffe werden rein willkürlich aufgeführt, ohne Anspruch auf Vollständigkeit hinsichtlich der dafür angeführten Vorschriften erheben zu wollen.
- 32) Gesetzeskonkurrenz II, S. 83 ff.
- 33) Oben § 10 I 1 b.
- 34) ZPR, § 67 I 2.
- 35) Siehe oben § 2 II.
- 36) ZPR, § 67 I 2.
- 37) Es sei noch davon abgesehen, daß Qualifizierungen von Verträgen rechtliche Wertungen enthalten und keine tatsächlichen Zustände beschreiben.
- 38) § 2 II.
- 39) So zutreffend RGZ 95, 147 (149) (Gesellschaftsvertrag); vgl. auch RAG, HRR 1932, Nr. 2276 (Auslegung von Tarifnormen).
- 40) Siehe oben § 2 II.
- 41) GruchBeitr 42 (1898), 1188.

- 42) Vgl. RGZ 10, 365; RG bei Bolze I, Nr. 1723; RG, JW 1912, 357; BGH, LM Nr. 1 zu § 260 BGB; BGH, NJW 1974, 1866; a.M. RG, WarnRspr 5 (1912), Nr. 440.
- 43) RGZ 35, 409.
- 44) RGZ 125, 80 ff.
- 45) RGZ 35, 409 (411, 412).
- 46) DB 1981, 103.
- 47) BAG, DB 1981, 103.
- 48) Siehe oben § 9 I 2 b.
- 49) Siehe oben § 12 II 1 b.
- 50) RGZ 58, 54.
- 51) RG, JW 1903, 179.
- 52) RG bei Bolze I, Nr. 1724.
- 53) OLG Schwerin, NJ 1952, 90.
- 54) RGZ 32, 407 (409).
- 55) RGZ 10, 364.
- 56) Vgl. Palandt-Bassenge, BGB, 116. Aufl. vor § 1204, Anm. 1 a.
- 57) RGZ 161, 243 ff.
- 58) RG, JW 1913, 385 (386).
- 59) RG, SeuffArch 88 (1934), Nr. 10.
- 60) BGHZ 13, 351 (354).
- 61) Medicus, RdNr. 632.
- 62) Siehe oben § 12 II 2 a.
- 63) Zutreffend RGZ 95, 147 (149); vgl. auch RG, JW 1925, 765; RG bei Bolze I, Nr. 1725; BGH, WM 1980, 193 (194); RGZ 155, 180 (183) (Rücktritt vom Vertrag).
- 64) RGZ 61, 264; RGZ 129, 357; BGHZ 12, 306; BGHZ 16, 330; BGHZ 23, 255; BGHZ 29, 7 (12); BGH, JR 1969, 102; BGH, NJW 1969, 1167 (sämtlich betreffend die Einhaltung zwingender Formvorschriften); RGZ 29, 106 (109); RG, JW 1899, 768; BGH, NJW 1958, 1968; vgl. auch BGH, NJW 1982, 1981; BGHZ 60, 102 (108); KG, NJW 1983, 291; a. M. RG, JW 1912, 285 (Sittenwidrigkeit).
- 65) Vgl. BGH, WM 1980, 193 (194) (Darlehensvertrag).

- 66) Richtig: RAG, HRR 1932, Nr. 2276 (Auslegung von Tarifnormen); RG bei Bolze I, Nr. 1726; RG, WarnRspr 30 (1938), Nr. 54 (Testamentsauslegung); dagegen RG, JW 1905, 682 (Vertragsauslegung); RG, Recht 1924, Nr. 535 ("Preis freibleibend"); vgl. auch RG, Recht 1908, Nr. 3396 und RG, WarnRspr (1912), Nr. 186; RG, JW 1901, 6 ff. (Testamentsauslegung); differenzierend RG, HRR 1932, Nr. 378; RG, GruchBeitr 52 (1908), Nr. 929 (Vertragsauslegung ist grundsätzlich Sache des Gerichts).
- 67) ZPR, § 67 I 2.

§ 13 Beschränkte Anerkenntnisse

I Begriffserklärung

Einen weiteren Streitpunkt hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und Bindungswirkung bilden die sog. beschränkten Anerkenntnisse. Im Gegensatz zu den Teilanerkenntnissen, wo der Beklagte sich einem oder einiger von mehreren Klageansprüchen völlig unterwirft,¹ erfolgt bei den beschränkten Anerkenntnissen lediglich eine horizontale Unterwerfung unter den Klageanspruch. Der Beklagte nimmt z. B. die Anspruchsvoraussetzungen hin, bringt aber prozessuale² oder materielle³ Einwendungen vor. Eine völlige Unterwerfung unter den Klageantrag, was § 307 ZPO voraussetzt, erfolgt gerade nicht.

Die Zulässigkeit derartiger Prozeßhandlungen ist betritten.⁴ Die Beantwortung dieses Problems hängt von der Rechtsnatur des Anerkenntnisses ab. Beendet es den Prozeß oder findet das Verfahren erst durch ein auf das Anerkenntnis hin ergehendes Urteil sein Ende? Ersterenfalls wäre man gezwungen, einen über § 307 ZPO hinausgehenden Anerkenntnisbegriff anzunehmen; § 307 ZPO beinhaltet dann nur eine Teilregelung des Gesamtkomplexes Anerkenntnis.

Anmerkungen:

- 1) Diese Möglichkeit wird ausdrücklich von § 307 ZPO erfaßt (vgl. dazu Mes, ZZP 85 (1972), 334 ff.), jedenfalls, soweit § 266 BGB nicht entgegensteht.
- 2) Z. B. fehlende Zuständigkeit (dazu eingehend Mummenhoff, ZZP 83 (1970), 293 ff.).
- 3) Anerkennen nur eines von mehreren Klagegründen (dazu z. B. Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (132, 133)); Einwand der Aufrechnung (Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (132, 133)); Vorbehalt von Einwendungen im Nachverfahren (z. B. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A); Anerkennen.
- 4) Siehe oben § 9 II 4 1.

II Prozeßbeendigung durch Anerkenntnisse

1. Argumentation aus § 307 ZPO

Die herrschende Meinung argumentiert aus § 307 ZPO, der Beklagte müsse den Klageanspruch uneingeschränkt anerkennen.¹ Anerkennen bedeute nach dem Wortlaut dieser Vorschrift, daß unmittelbar auf Grund des Anerkenntnisses ein klagezusprechendes Urteil ergehen kann. Beschränkte Anerkenntnisse haben keinen solchen unmittelbaren Bezug zum prozessualen Anspruch; wegen des geltend gemachten Vorbehalts seien sie systemwidrig.² Ein Anerkenntnisurteil wird nicht sofort ermöglicht; der Streit geht vielmehr weiter, ja sogar die Klageabweisung bleibt möglich.

Akzeptiert man diesen Ausgangspunkt, so ist daraus zwingend die Unzulässigkeit beschränkter Anerkenntnisse zu folgern. Doch werden schon gegen die dargestellten Prämissen Bedenken vorgebracht, wenn Wolf die Anerkenntnisse auf das materielle Rechtsverhältnis bezieht, nicht auf den prozessualen Anspruch. Damit könnten auch Teile von Ansprüchen "anerkannt werden, soweit die Privatautonomie reicht".³ Demzufolge müsse man zwischen der Frage der Zulässigkeit von Anerkenntnissen und der Frage ihrer Wirkung unterscheiden.⁴ Letztere könne durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein; bindende Anerkenntnisse ohne prozeßabschließendes Urteil seien nicht ausgeschlossen.⁵ Zudem komme streitbeendigende bzw. prozeßbeendigende Wirkung bereits dem Anerkenntnis selbst, nicht erst einem etwa ergehenden Anerkenntnisurteil zu.⁶

2. Prozeßbeendigung durch das Anerkenntnis

Die Entscheidung zwischen den verschiedenen Positionen hängt von der Natur des Anerkenntnisses ab. Beendet dieses bereits ein anhängiges Verfahren oder einzelne Streitpunkte, so können beschränk-

te Anerkenntnisse nicht mit dem Hinweis auf § 307 ZPO abgelehnt werden. Ein Anerkenntnisurteil wäre nicht zu fordern; § 307 ZPO stellte in der Tat nur eine Teilregelung des Komplexes "Anerkenntnisse" dar.

a) Bejahung einer Prozeßbeendigung

Diese von Wolf⁷ vertretene Auffassung begründet historisch, aus dem gemeinen Prozeß, sowie mit der Begründung zum Entwurf der RCPO (1877), daß bereits dem Anerkenntnis selbst streitbeendigende Wirkung zukomme. Nach den Motiven stünde allein das Anerkenntnisurteil, nicht aber die Prozeßhandlung im Vordergrund der gesetzlichen Regelung. Wenn dort⁸ ausgeführt wird, "daß die Erlangung eines vollen Rechtskraft fähigen Urteils auch im Falle des Anerkenntnisses des geltend gemachten Anspruchs ein Recht des Gläubigers sei", so könne dies nur bedeuten, die Rechtshängigkeit sei bereits vorher entfallen. Andernfalls wäre diese starke Betonung unverständlich. Denn ein noch rechtshängiger Prozeß müßte in Ermangelung einer anderen Beendigung durch Urteil beschlossen werden.

Daneben weist Wolf auf die Rechtslage im gemeinen Prozeß hin,⁹ wo das Anerkenntnis ein Urteilssurrogat dargestellt hatte.¹⁰ Mit ihm wurde die Anhängigkeit des Verfahrens beseitigt.¹¹ Indem Wolf das Anerkenntnis zudem auf den materiellen Anspruch bezieht,¹² kommt er dazu, daß bereits die Prozeßhandlung des Anerkenntnisses prozeßbeendigend und streitbeendigend (in Einzelpunkten) sein kann.¹³

Mit dem Hinweis auf die Begründung des Entwurfs I zur RCPO (1877) ist die Lage aber nur halb dargestellt. Wolf verschweigt, was einige Sätze danach in ebenderselben Begründung zu lesen ist: "Wenngleich es zweifelhaft erscheinen mag, ob diese Bestimmung (sic. §§ 267, 268 RCPO)¹⁴ notwendig sind und ob nicht durch Feststellung des Anerkenntnisses, bzw. des Verzichts zum gerichtlichen Protokolle den Interessen beider Parteien genügt werden kann,

so hat doch der Entwurf jene Vorschriften aufgenommen, weil sie ... im Wesentlichen der in einem großen Theile von Deutschland bestehenden Rechtsausübung entsprechen und in diesen Gebieten¹⁵ auf ihre Aufrechterhaltung Werth gelegt wird."¹⁶ Damit ist zweifelhaft, ob nicht gleichzeitig diese vorherrschende Rechtsauffassung auch für die RCPO (1877) übernommen werden sollte. Dem scheint tatsächlich so zu sein, hält man sich die Ausführungen in den Motiven vor Augen: Im Falle eines Versäumnisurteils oder Anerkenntnisses der Beklagten solle "das ergehende Urteil den Rechtsstreit definitiv mit allen Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen Erkenntnisses" erledigen.¹⁷ Mit dieser Bemerkung wird deutlich, was vorher schon vermutet worden war. Die Rechtsauffassung "großer Theile von Deutschland" sollte im Reichsgesetz ihre Entsprechung finden. Historisch ist somit eine prozeßbeendigende Wirkung der Anerkenntnisse nicht anzuerkennen.¹⁸ Damit verliert Wolfs Auffassung weiter an Überzeugungskraft.

b) Wortlaut und ratio von § 307 ZPO

Unabhängig von der vorstehenden historischen Begründung soll aber weiter untersucht werden, ob sich unmittelbar aus § 307 ZPO Argumente für oder gegen die herrschende Meinung herleiten lassen. Es bieten sich zwei mögliche Anknüpfungspunkte an:

(1) Antragserfordernis

Die Vorschrift des § 307 ZPO verlangt einen Antrag der klagenden Partei, auf Grund dessen ein Anerkenntnisurteil ergeht. Aus dieser Notwendigkeit könnte man aber darauf schließen, daß der Prozeß schon vorher, nämlich durch das Anerkenntnis selbst, sein Ende gefunden hat.¹⁹ Wäre er fortzusetzen, müßte das Urteil von Amts wegen ergehen.

Dem wird aber entgegengehalten, im Antragserfordernis liege nur die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Sachantrags. Solchenfalls ergeben sich keine weiteren Schwierigkeiten,

erst durch das Urteil eine Prozeßbeendigung anzunehmen. Das Gericht müßte dann nur über den Sachantrag des Klägers entscheiden, wobei das Anerkenntnis eine bindende Urteilsgrundlage darstellte.²⁰ Die Entscheidung der Ausgangsfrage setzt also eine Auseinandersetzung mit dem Verständnis des Antragserfordernisses in § 307 ZPO voraus.

Schwierigkeiten, die Natur dieses Antrags zu erfassen, bieten sich nur für die herrschende Meinung. Denn, ist der Prozeß mit dem Anerkenntnis erledigt, wie Wolf²¹ annimmt, kann der Antrag nur den Erlaß eines Vollstreckungstitels bezwecken. Andernfalls ist der Prozeß aber noch rechtshängig; der Sachantrag steht noch im Raum. Über diesen wäre zu entscheiden. Die Vorschrift des § 307 ZPO die einen (weiteren) Antrag verlangt, scheint dem zu widersprechen.

Überwiegend wird in der Tat ein zusätzlicher Prozeßantrag für notwendig erachtet,²² um die Art und Weise des Verfahrens festzulegen. Man betrachtet das Anerkenntnisurteil, ähnlich dem Versäumnisurteil, als besondere Urteilsart. Von anderer Seite²³ wird teils nur eine Wiederholung des Sachantrags, teils²⁴ ein Aufrechterhalten des ursprünglich gestellten Antrags für ausreichend erachtet. Der letztgenannten Auffassung ist beizupflichten. Ein Vergleich mit dem Versäumnisurteil, das allein auf einen besonderen Antrag ergehen kann, verbietet sich. Das Versäumnisverfahren ist ein besonderes Verfahren, was sich schon im unterschiedlichen Prüfungsmaßstab (Schlüssigkeitsprüfung) zeigt. Beim Anerkenntnis ergeht das Urteil im kontradiktorischen Verfahren. Nicht der klägerische Vortrag allein rechtfertigt dieses, sondern dessen Zugeständnis durch den Beklagten.²⁵ Es ist daher nicht einzusehen, weshalb ein besonderer Prozeßantrag erforderlich sein soll. Gleiches gilt für die Annahme der Notwendigkeit den Sachantrag zu wiederholen. Mit dem Anerkenntnis hat der Parteistreit, u. U. nach einer Beweisaufnahme, sein Ende gefunden. Für den Kläger stellt sich die Frage, ob er trotz des "Angebots zur gütlichen Beilegung" ein Urteil verlangen soll, um notfalls noch vollstrecken zu können, falls der Beklagte trotz des Anerkenntnisses nicht leistet oder ob er da-

rauf vertraut, der Beklagte werde dem Anerkenntnis zufolge den streitgegenständlichen Anspruch erfüllen. Gerade die letztere Möglichkeit sollte nicht von vornherein als Utopie abgetan werden, insbesondere, wenn mit dem Anerkenntnis eine echte Streitbeilegung erreicht wird und dieses nicht nur aus Beweisschwierigkeiten abgegeben wurde. Ausgehend hiervon kann die Erwähnung des Antrags-erfordernisses in § 307 ZPO nur bedeuten, daß der Kläger seiner ursprünglich gestellten Sachantrag aufrechterhalten muß. Es wird derselbe Anspruch in Bezug genommen. Das Anerkenntnis bindet das Gericht nur in der Möglichkeit der sachlichen Überprüfung der Urteilsgrundlagen. Dem Kläger wird über den geltend gemachten Anspruch ein Vollstreckungstitel zugewandt.

Als Fazit bleibt: Unter dem Begriff "auf Antrag" in der Vorschrift des § 307 ZPO ist nur zu verstehen, daß der ursprüngliche Sachantrag aufrechtzuerhalten ist. Daraus ist kein Argument für oder gegen die Frage der Prozeßbeendigung oder Streitbeendigung von Anerkenntnissen abzuleiten.

(2) Sinn und Zweck der Regelung

Sonach bleibt nur noch die ratio des § 307 ZPO zu untersuchen. Welcher Gedanke lag der Schaffung einer solchen Vorschrift zugrunde?

Erkennt die beklagte Partei an, so wird sie "auf Antrag" gemäß ihrem Anerkenntnis verurteilt. Das Gericht ist jeglicher Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht enthoben. Intendiert ist damit eine rasche Streitbeendigung für die Fälle, da die beklagte Partei eingesehen hat, daß der gegen sie geltend gemachte Anspruch besteht oder sie das Nichtbestehen jedenfalls nicht beweisen kann. Der Beklagte soll die Möglichkeit haben, solchenfalls den Prozeß rasch zu beenden. Der letzte Aspekt ist dabei mehr Folge denn Wille des Gesetzgebers bei Schaffung der Vorschrift; dieser ging immer davon aus, nur tatsächlich bestehende Ansprüche würden anerkannt werden. Der Beschleunigungseffekt kommt in den Vorschriften der §§ 81, 83, 160 III Nr. 1 ZPO zum Ausdruck. Wenn dort im Zu-

sammenhang mit dem Anerkenntnis von der "Beseitigung des Rechtsstreits" und von der Erledigung des Anspruchs die Rede ist, bedeutet dies keine Prozeßbeendigung des Rechtsstreits durch das Anerkenntnis selbst;²⁶ zum Ausdruck kommt damit nur, daß die in vielen Fällen doch gütliche Einigung, die mit dem Anerkenntnis erreicht wird, nicht durch die Sachprüfung des Gerichts zunichte gemacht werden soll. Der Abschluß des Verfahrens durch das Anerkenntnisurteil kann damit nicht ersetzt werden. Diese rein prozeß-ökonomische Erwägung hat ihren Niederschlag in den Vorschriften über den Erlaß und die Verkündung von Anerkenntnisurteilen gefunden (§§ 311 II 2; 313 III ZPO). Das Anerkenntnisurteil darf vor schriftlicher Abfassung verkündet sowie in abgekürzter Form auf die Akten gesetzt werden, wobei Tatbestand und Entscheidungsgründe entbehrlich sind.²⁷ Damit ergibt sich nichts für die Annahme einer prozeßbeendigenden Wirkung von Anerkenntnissen.²⁸

Ebenso spricht § 99 II ZPO nicht für die Prozeßbeendigung durch das Anerkenntnis. Diese Vorschrift, die ausnahmsweise die Beschwerde über den Kostenpunkt vorsieht, ist als rein technische Ausnahme zu ihrem Abs. 1 zu begreifen.²⁹

(3) Zusammenfassung

Weder der Wortlaut noch die ratio von § 307 ZPO geben Aufschluß über die prozeßbeendigende Wirkung von Anerkenntnissen. Positiv ist der Vorschrift nichts zur Stützung von Wolfs Auffassung zu entnehmen.

c) Vergleich des Anerkenntnisses mit anderen prozeßbeendigenden Parteihandlungen

Die Frage der Wirkung von Anerkenntnissen kann allenfalls noch durch teleologische Interpretation geklärt werden. Hierbei ist die gesamte Normsituation einzubeziehen, da aus der ratio der Vorschrift des § 307 ZPO kein Aufschluß gewonnen werden konnte. Das Anerkennt-

nis soll mit anderen prozeßbeendigenden Parteiaktionen verglichen werden.

Das Anerkenntnis ist Ausfluß der Dispositionsmaxime.³⁰ Mit ihr wird den Parteien die Möglichkeit gegeben, den Prozeß zu beenden. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Prozeßbeendigung notwendig ohne Urteil erfolgen muß. Bei Klagerücknahme und Vergleich, die demselben Grundsatz entspringen, ist dies zwar der Fall, anderes gilt aber schon beim Verzicht. Dessen zwingende Folge ist ein Verzichtsurteil.³¹ Dessen Erlaß setzt zwar nach dem Wortlaut von § 306 ZPO einen entsprechenden Antrag des Beklagten voraus. Jedoch hat dieser kein Rechtsschutzbedürfnis mehr für ein streitiges Urteil. Deshalb kann zu Recht ein Verzichtsurteil auch ohne Antrag des Beklagten ergehen.³²

Die Argumentation Wolfs,³³ am Urteilserlaß beim Anerkenntnis bestehe in solchen Fällen kein Interesse mehr, ist aus dem Sachzusammenhang nicht zwingend. Man könnte umgekehrt auch für den Verzicht argumentieren, der Prozeß sei bereits durch die Verzichtserklärung des Klägers beendet; ein Urteil müsse nicht mehr ergehen. Eine solche Begründung wird aber - wie dargestellt - nicht gegeben. Damit bedarf es aber auch für das Anerkenntnis eines Nachweises, daß am Urteilserlaß kein öffentliches Interesse besteht. Erst dann kann die Aussage getroffen werden, ob die Erlangung eines Vollstreckungstitels allein in die Hand der Parteien gelegt wird.³⁴ Dies gilt umso mehr, als durchaus höherrangige öffentliche Interessen beim Anerkenntnis Beachtung finden müssen, worauf Schilken³⁵ treffend hinweist. Dies zeigen die Beschränkungen in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen, sowie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.³⁶

Gegen Wolfs Behauptung spricht des weiteren noch eine prozeßökonomische Erwägung, wenngleich in nicht so eindeutiger Weise, wie Schilken³⁷ anzunehmen scheint. Es ist nicht gleichgültig,³⁸ ob das Verfahren durch Anerkenntnis oder durch Urteil endet. Sinnvoller wird dem Kläger ein Vollstreckungstitel gegeben. Damit ist die Belastung der Gerichte gemindert,

wenn ansonsten bei Nichterfüllung des anerkannten Anspruchs Anträge auf nachträglichen Erlass von Anerkenntnisurteilen gestellt würden.³⁹ Doppelte Inanspruchnahme der Gerichte ist so zu vermeiden. Dennoch folgt daraus nicht zwingend, erst ein Urteil beschließe das anhängige Verfahren. Denn auch die Klagerücknahme z. B. beendet den Streit nicht ein für alle Mal. Eine erneute Klageerhebung wird nicht ausgeschlossen.

Die Klärung unserer Ausgangsfrage kann somit erst durch Vergleich mit anderen prozeßbeendenden Parteihandlungen erreicht werden. Hier ergibt sich nun endgültig, daß Wolfs⁴⁰ Auffassung nicht zu folgen ist. Sein Vergleich des Anerkenntnisses mit Klagerücknahme, Vergleich und Verzicht läßt gerade keinen Schluß auf die prozeßbeendende Wirkung des ersteren zu. Gegen eine solche Annahme spricht die Gesetzeslage, wie die Natur prozeßbeendender Parteihandlungen. Zum einen ist, schlosse das Anerkenntnis das Verfahren ab, keine Vorschrift bezüglich dieser Wirkung im Gesetz enthalten.⁴¹ Auch die Frage der Kostenverteilung ist nirgends geregelt, wenn kein Urteil ergeht.⁴² Eine solche Regelung, die über § 99 II ZPO als bloße technische Ausnahme hinausgeht, wäre zu erwarten. Weiter stellte das Anerkenntnis, bei Annahme prozeßbeendender Wirkung, die einzige Prozeßhandlung dar, die allein auf Willen des Beklagten basierend, zur Erledigung des Rechtsstreits führte. Der Gesichtspunkt der "Zweckerreichung", den Wolf⁴³ ins Spiel bringt, vermag die daraus resultierenden Bedenken nicht zu zerstreuen. Es geht nicht an, die Anerkenntniserklärung dergestalt aufzuspalten, daß der Beklagte nur den Streit beilegen will, die Prozeßbeendigung dann aber unabhängig vom Willen der Parteien, wegen Erreichung des Prozeßziels erfolgen solle. Der Beklagte will beides erreichen; durch die Streitbeilegung soll der Prozeß gerade sein Ende finden.⁴⁴ Zudem könnte die Prozeßbeendigung kraft Gesetzes wegen Zweckerreichung nur durch eine - heute überholte - materiellrechtliche Beurteilung der Prozeßhandlungen gerechtfertigt werden.⁴⁵

Allein der Umstand, eine gerichtliche Entscheidung könne nur über einen Streit der Parteien ergehen, an dem es hier gerade fehlt,⁴⁶

führt nicht zum gegenteiligen Ergebnis. Gewiß, der Parteistreit ist beendet. Dies führt aber nicht notwendig zum Ausschluß eines verfahrensbeendigenden Urteils, worin der Frage der Streitbeendigung fixiert wird. Es bleibt festzuhalten: Erst das Anerkenntnisurteil beendet den Rechtsstreit. Die Frage, ob die Anerkenntnisse sich auf den materiellen Anspruch beziehen, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Da sie jedenfalls nicht streitbeendigend wirken, bedarf es einer Verfügungsgrundlage, um das Gericht zu binden.⁴⁷

Anmerkungen:

- 1) Siehe oben § 9 II 4 a.
- 2) So auch Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2.
- 3) Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff. Dagegen will Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (176), es genügen lassen, daß Anerkenntnisse Ausfluß der Dispositionsmaxime seien. Soweit keine prozessualen Gründe entgegenstehen, würden die Anerkenntnisse auch binden. Vgl. auch Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 7.
- 4) Wolf, Anerkenntnis, S. 57 ff.; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (175 ff.); vgl. auch Baur, Festschrift für Böttcher, S. 1 (4).
- 5) Wolf, Anerkenntnis, S. 57, verneint damit, daß Anerkenntnisse stets Doppelwirkung (Prozeßbeendigung und Urteilsgrundlage) zukommt.
- 6) Anerkenntnis, S. 17 ff.; a. M. Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (163 ff.).
- 7) Anerkenntnis, S. 17 (18 ff.).
- 8) Begründung des Entwurfs I zur RCPO, S. 320; Hahn, Materialien II, S. 285 (Begründung des Entwurfs).
- 9) Anerkenntnis, S. 18 ff.
- 10) So Wetzell, S. 103; Renaud, § 104, S. 275; Süss, Wirkungsgrenzen, S. 16 ff.
- 11) Bestritten war - worauf Wolf, Anerkenntnis, S. 18 ff., hinweist-, ob zur Vollstreckung das Anerkenntnis genügt oder ob ein deklaratorisches Urteil erforderlich bleibt. Im letzteren Sinn Wetzell, S. 103; Renaud, S. 275.

- 12) Anerkenntnis, S. 57 ff.
- 13) Dazu unten § 13 II 2 c.
- 14) Entspricht §§ 306, 307 ZPO n. F.
- 15) So wurde z. B. im Königreich Bayern die Prozeßbeendigung erst mit Erlaß eines Anerkenntnisurteils angenommen, vgl. Wernz, Prozeßordnung für das Königreich Bayern, Art. 268, Anm. 2; Hahn, Mat. II, S. 285 (Begründung des Entwurfs).
- 16) Hahn, Mat. II, S. 285 (Begründung des Entwurfs).
- 17) Hahn, Mat. II, S. 394 (Begründung des Entwurfs).
- 18) Ebenso Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (166).
- 19) So Wolf, Anerkenntnis, S. 41; Gensel, SächsAnn 2, 561; offenbar auch Mummenhoff, ZZP 83 (1973), 293 (308).
- 20) Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (164).
- 21) Anerkenntnis, S. 17 ff.
- 22) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 3 B, § 297, Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. IV 1; Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. C II; wohl auch Zöller-Vollkommer, ZPO, Vorb. §§ 306, 307, Rdnr. 13; Zeiss, ZPR, § 56 I 4; Baur, JZ 1954, 630 (633); Bötticher, JZ 1954, 243; Hellwig, System I, § 146 II 2; Heyn, NJW 1957, 1140; Kempf, ZZP 73 (1960), 342 (348 ff.); Knöpfel, ZZP 68 (1953), 450 (454); RG, JW 1907, 261; a. M. Wolf, Anerkenntnis, S. 41 ff.; Degenkolb, S. 145 ff.
- 23) BGHZ 10, 336; BGHZ 49, 216; Blomeyer, ZPR, § 62 II 2 a; Schönke-Kuchinke, ZPR, § 50 I 2; Mes, ZZP 85 (1972), 345, 346; Ohr, NJW 1955, 251 (252). Dagegen wird eingewandt, die Notwendigkeit einer Wiederholung sei nicht einzuschen, Baur, JZ 1954, 630 (633); Gensel, SächsAnn 2, 560 (561); Kempf, ZZP 73 (1960), 342 (349).
- 24) So Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (171); Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 5; ähnlich BGH, NJW 1980, 838 (für den Verzicht).
- 25) Wolf, Anerkenntnis, S. 44.
- 26) So Wolf, Anerkenntnis, S. 20; a. M. Arens, ZZP 83 (1970), 356 (357); Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (164).
- 27) Vgl. Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (296); Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 5.
- 28) Schilken, ZZP 90 (1977, 157 (164)).

- 29) BGHZ 10, 333 (335); Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (308); Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (164).
- 30) Siehe oben § 3 I 2.
- 31) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 306, Anm. 2A.
- 32) BGHZ 49, 213 (216); BGHZ 76, 50; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 306, Anm. 2 A; Thomas-Putzo, ZPO, § 306, Anm. d; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 5, VI 2 c mit Fn. 71.
- 33) Anerkenntnis. S. 20 ff.
- 34) Der Streit, ob bei Verlangen eines streitigen Urteils ein Urteil nach dem ursprünglichen Sachvortrag oder ein Versäumnisurteil ergehen muß (nach Sachantrag z. B. OLG Stuttgart, OLCZ 1968, 267; Zeiss, ZPR, S. 154; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 5; Versäumnisurteil: Bötticher, JZ 1954, 242; Knöpfel, ZZP 68 (1953), 488; Heyn, NJW 1957, 1140) ist dann nur noch eine Frage der Bindung an das Anerkenntnis. Dies ist in der ZPO bejaht.
- 35) ZZP 90 (1977), 157 (168).
- 36) Keidel-Kuntze-Winkler, FGG, § 12, Rdnr. 28, 111.
- 37) ZZP 90 (1977), 157 (168ff.).
- 38) So die herrschende Meinung; vgl. nur Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 3A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. III; Jauernig, ZPR, § 47 III.
- 39) Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (168 ff.).
- 40) Anerkenntnis, S. 21 ff.
- 41) Für die Klagerücknahme vgl. § 269 III 1 ZPO.
- 42) Vgl. für Klagerücknahme § 269 III 2 ZPO, für den Vergleich § 98 ZPO und für die Erledigungserklärung § 91 a ZPO.
- 43) Anerkenntnis, S. 25 ff.
- 44) So zutreffend Arens, ZZP 83 (1970), 356 (357 ff.); vgl. auch Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (130).
- 45) Arens, ZZP 83 (1970), 356 (357).
- 46) Wolf, Anerkenntnis, S. 31 ff.
- 47) Dazu nachfolgend III.

III Bindungsgrundlage beschränkter Anerkenntnisse

1. Materielle Abrede

Wolfs¹ Auffassung, das Anerkenntnis könne nur aus der materiellen Herrschaft abgeleitet werden, womit es sich auf den materiellen Anspruch beziehen müsse,² leidet - wie Baumgärtel³ zutreffend hervorhebt - an einem inneren Widerspruch. Der Zivilprozeß ist allein auf den prozessualen Anspruch, den Streitgegenstand, ausgerichtet. Dies erkennt auch Wolf noch an; doch ist es dann unrichtig, den Streitgegenstand mit dem materiellen Anspruch gleichzusetzen. Damit würde der überholten alten materiellen Streitgegenstandslehre das Wort geredet.⁴ Mit der neuen materiellen Streitgegenstandslehre bestehen zwar einige Bezüge, jedoch keineswegs Identität.⁵ Die Streitbeendigung kann sich mit Henckels⁶ "einheitlichem Verfügungsgegenstand" nur auf den prozessualen Anspruch beziehen. Auch insoweit ist keine Grundlage für ein beschränktes Anerkenntnis gegeben.

2. Privatautonomie

Eine Disposition über Rechtsfragen aus diesem Grundsatz wurde bereits abgelehnt.⁷

3. Dispositionsmaxime und Verfahrensgestaltung

Einen dritten Weg zur Begründung der Bindungswirkung beschränkter Anerkenntnisse beschreitet Schilken.⁸ Er begreift diese als Folge der Dispositionsmaxime. Ausgehend hiervon stünden deren Zulässigkeit keine prozessualen Gründe entgegen. § 307 ZPO schließe beschränkte Anerkenntnisse nicht aus.

Schon die Behauptung, § 307 ZPO stehe derartigen Parteihandlungen nicht entgegen, ist aber so nicht zweifelsfrei. Schilken scheint anzunehmen, daß alles, was nicht explizit verboten ist, zulässig

sein müsse. Dem ist, von unserem Ausgangspunkt gesehen, entschieden zu widersprechen. Rechtsdispositionen sind nicht ausdrücklich untersagt; auch beschränkte Anerkenntnisse werden nicht expressis verbis ausgeschlossen. Dennoch gilt für beide, daß sie einer positiven Zulässigkeitsgrundlage bedürfen.⁹

Auch kann Schilken¹⁰ darin nicht gefolgt werden, daß § 307 ZPO beschränkten Anerkenntnissen nicht entgegensteht. Dieser Vorschrift ist zunächst nur zu entnehmen, daß ein Anerkenntnis den Rechtsstreit so bereinigen muß, daß sofort ein Urteil - ohne weitere Sachprüfung - ergehen kann. Nimmt man an, es gebe auch Anerkenntnisse, die nicht unter § 307 ZPO fallen, so kann man noch nicht auf deren irgendwie geartete Bindungswirkung schließen. Es liegt doch näher zu sagen, daß diese nicht binden, wenn der Gesetzgeber nur einen Teil der Anerkenntnisse mit Bindungswirkung ausgestaltet hatte. Diese Folgerung ist umso wahrscheinlicher, betrachtet man den Grund für die bestehende gesetzliche Regelung, die Prozeßökonomie und die Schaffung von Rechtsfrieden. Ein Anerkenntnis, das den gesamten Streitgegenstand erfaßt, führt zu einer umfassenden Streitbeilegung. Es kann von einer privaten Befriedigung ausgegangen werden. Solchenfalls ist es prozeßökonomisch geboten, von der nach Ansicht der Parteien geklärten Sachlage auszugehen und ohne Sachprüfung das Urteil zu erlassen. Anders ist es gerade bei beschränkten Anerkenntnissen. Von einer Befriedigung kann keine Rede sein. Der Streit wird weiter geführt, ohne wenigstens eine teilweise Befriedigung annehmen zu können. Der Hinweis auf zulässige Teilanerkennnisse¹¹ geht daher fehl. Bei solchen erfolgt eine quantitative Beschränkung des Streits auf einen abtrennbaren Teil des Streitgegenstands. Im Gegensatz hierzu führen die beschränkten Anerkenntnisse nur zu einer qualitativen Veränderung des Verfahrensgegenstands.

Die Dispositionsmaxime gibt den Parteien allein das Recht zur Beendigung des Rechtsstreits; dies wird durch beschränkte Anerkenntnisse gerade nicht erreicht.

4. Beschränkte Anerkenntnisse als Tatsachengeständnisse

Die Rechtsprechung des RG¹² nahm früher bei beschränkten Anerkenntnissen an, die dem Anspruch zugrundeliegenden Tatsachen seien damit zugestanden. Auch diese Auffassung ist nicht unproblematisch, wenngleich ein Verfügungstatbestand mit § 288 ZPO gesetzlich fixiert ist. Aber ein Tatsachengeständnis erfordert, daß eine bestimmte behauptete, der anderen Partei nachteilige Tatsache, wozu auch - wie gesehen -¹³ die sog. Rechtstatsachen zum überwiegenden Teil gehören, ausdrücklich oder konkludent zugestanden wird.¹⁴ Doch kann das Zugestehen von Tatsachen bei beschränkten Anerkenntnissen durchaus zweifelhaft sein. Klagt ein Werkunternehmer auf Bezahlung von Werklohn, wendet der Beklagte unter Anerkennung dieses Anspruchs aber Mängel und daraus resultierend ein Zurückbehaltungsrecht ein, so müssen nicht alle den Anspruch begründenden Tatsachen bereits auf dem Tisch liegen. Fehlt eine genaue Aufgliederung der anspruchsbegründenden Tatsachen, kann die Einwendung in unserem Fall zweierlei bedeuten: Der Kläger hat seinen Anspruch erst mit Erbringung einer mangelfreien Leistung und anschließender Abnahme (§ 640 BGB) oder aber, das Werk war zwar bereits abgenommen, aber ein Mängelbeseitigungsanspruch war vorbehalten worden (§ 640 II BGB). Der Umfang des Tatsachengeständnisses kann nicht genau bestimmt werden. Ist die Tatsache erfolgter Abnahme mit zugestanden oder nicht? Dies ist dann von Bedeutung, wenn sich der Beklagte bei Abnahme keine Ansprüche auf Mängelbeseitigung vorbehalten hat. Den Umfang des Geständnisses kann das Gericht im Wege der §§ 139, 141 ZPO ohne weiteres klären. Es ist daher zweckmäßiger, erst mit der Erklärung, die Abnahme sei erfolgt, das Geständnis zu sehen. Damit wird ein eventueller weiterer Parteistreit aus der Ermittlung des Geständnisumfanges vermieden.

Damit bleibt festzuhalten: Sind die anspruchsbegründenden Tatsachen vorgetragen, so kann ein beschränktes Anerkenntnis als Geständnis dieser Tatsachen bewertet werden, wenn ein entsprechender Parteiwille gegeben ist. Liegen die Tatsachen nicht offen zutage, so kommt ein Tatsachengeständnis allenfalls mit der Erklärung auf richterliche Frage in Betracht. Jedenfalls bleibt aber festzuhalten, daß ein beschränktes Anerkenntnis keinesfalls als rechtliche Parteidisposition zulässig ist.

Anmerkungen:

- 1) Anerkenntnis, S. 60.
- 2) Wolf, Anerkenntnis, S. 60, will sich dazu auf die neuen materiellrechtlichen Streitgegenstandslehren stützen.
- 3) Z郑 87 (1974), 121 (130).
- 4) Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 96 III 1.
- 5) Baumgärtel, Z郑 87 (1974), 121 (130); Henckel, Parteilehre (1961).
- 6) Baumgärtel, Z郑 87 (1974), 121 (130); Henckel, Parteilehre (1961).
- 7) Siehe oben § 11 III.
- 8) Z郑 90 (1977), 157 (175).
- 9) Siehe oben § 10 II 2 b.
- 10) Z郑 90 (1977), 157 (175).
- 11) Schilken, Z郑 90 (1977, 157 (175).
- 12) RGZ 42, 320; RGZ 67, 154; dagegen Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. I 1.
- 13) Siehe oben § 12 II.
- 14) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 288, Anm. 1 B, C; Thomas-Putzo, ZPO, § 288, Anm. 2.

IV Ausnahmen

Der Grundsatz, beschränkte Anerkenntnisse entfalten keine Bindungswirkung, läßt u. U. bei den hilfsweise erklärten Anerkenntnissen Unterschiede erkennen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Man könnte auch daran denken, dort, wo auf ein beschränktes Anerkenntnis eine gerichtliche Entscheidung ergehen kann, Bindungswirkung anzunehmen.

1. Hilfsweise erklärtes Anerkenntnis

Bedeutung erlangt diese Art von Anerkenntnissen auf zwei Ebenen: Es kann hilfsweise unter Erhebung prozessualer oder materieller Einwendungen erklärt werden. Ersteres ist z. B. der Fall, wenn der Beklagte die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts rügt, aber für den Fall deren Bejahung, den geltend gemachten Anspruch anerkennt.¹ Im zweiten Fall wendet er z. B. ein, ein Vertragsschluß sei nicht zustandegekommen; sollte das Gericht einen solchen dennoch annehmen, wolle er anerkennen.

Das Problem liegt hier nicht bei der eventuellen Anerkennung.² Das Anerkenntnis wird zulässigerweise von einer innerprozessualen Bedingung abhängig gemacht. Vielmehr geht die Frage dahin, inwieweit damit der Notwendigkeit vollständiger Unterwerfung unter den Klageantrag³ genügt ist.

a) Prozessuale Einwendungen

Die Zulässigkeit derartigen Parteiverhaltens läßt sich erst dann beantworten, wenn geklärt ist, was bei Erheben prozessualer Einwendungen anerkannt wird.⁴ Zunächst ist dies sicher der Klageanspruch; hierbei kann dahinstehen, ob dies, wie die herrschende Meinung zutreffend bejaht,⁵ der einzelne materielle Anspruch ist oder der prozessuale Anspruch betroffen wird. Lediglich in einer anderen Richtung bedarf der Anspruchsbegriff einer Abgrenzung, nämlich, ob ihm auch die Sachurteilsvoraussetzungen unterfallen.⁶ Anders ausgedrückt: muß nur der Anspruch oder müssen auch die Sach-

urteilsvoraussetzungen⁷ anerkannt werden? Nur bei Bejahung des ersteren entfaltete das Anerkenntnis Bindungswirkung trotz prozessualer Einwendungen des Beklagten.⁸

Die Beziehung des Anerkenntnisses auch auf die Sachurteilsvoraussetzungen darf heute als überwunden betrachtet werden. Diese sind von Amts wegen zu prüfen. Das Gericht wäre an ein Anerkenntnis in diesem Bereich nicht gebunden. Schon daher können mit einem Anerkenntnis nicht die Prozeßvoraussetzungen bindend zugestanden werden.¹⁰ Gleiches gilt, wenn der Beklagte unter Erhebung prozessualer Einwendungen hilfsweise anerkennt. Eine vollständige Unterwerfung unter den Klageantrag ist durchaus nicht ausgeschlossen, wenngleich durch die Bejahung der Prozeßvoraussetzungen bedingt. Diese Bedingung besteht aber generell. Der Erlaß eines Anerkenntnisurteils steht unter der Voraussetzung der Bejahung der Sachurteilsvoraussetzungen, auch, wenn sie ausdrücklich gerügt werden. Die Rüge der einzelnen Partei ist lediglich eine Anregung an das Gericht, seine Verpflichtung zur Amtsprüfung auf bestimmte weitere Punkte zu erstrecken.

Die gegenteilige Auffassung Wolfs,¹¹ der dem Gericht die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen im Falle eines Anerkenntnisses verwehrt, kommt der von ihm bekämpften¹² Ansicht Heglers¹³ vom Anerkennen des Klagerechts nahe. Es macht kaum einen Unterschied, ob man sagt, die Prozeßvoraussetzungen werden mit anerkannt¹⁴ oder, deren Prüfung ist überflüssig, wo keine sachliche Streitentscheidung mehr zu ergehen hat.¹⁵

Unabhängig davon, daß Wolf dem Anerkenntnis bereits prozeßbeendigende Wirkung beimißt, ist seine Folgerung auch deshalb verfehlt, da man einen Vollstreckungstitel erlangen könnte, der im streitigen Verfahren nicht zu erreichen gewesen wäre.

Ist die Wirksamkeit des Anerkenntnisses aber durch die Bejahung der Prozeßvoraussetzungen bedingt, so stehen dem Beklagten folgende Möglichkeiten zur Wahl: Er kann sich rein im Zulässigkeitsbereich verteidigen. Bejaht das Gericht die Zulässigkeit der erhobenen Klage, steht ihm die Anerkenntnismöglichkeit immer noch offen (ohne Kostenvorteil gem. § 93 ZPO). Der Beklagte kann auch, ohne auf die Bedenken im Bereich der Sachurteilsvoraussetzungen einzu-

gehen, sofort anerkennen.¹⁶ Aber auch eine dritte Variante, die Kombination der beiden vorgenannten, muß der beklagten Partei offenstehen. Sie kann die fehlende Sachurteilsvoraussetzung rügen und gleichzeitig für den Fall von deren Bejahung hilfsweise anerkennen. Diese drei Möglichkeiten stehen gleichrangig nebeneinander. Denn, ist die Prüfung der Voraussetzungen in die Hand des Gerichts gegeben, so hat es ersichtlichen Bedenken nachzugehen. Die Parteien können zusätzlich weitere Hinweise geben.¹⁷ Bindende Parteierklärungen in diesem Bereich sind ausgeschlossen.¹⁸ Demzufolge bejaht eine Partei mit einem erklärten Anerkenntnis nicht zugleich das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen mit Bindungswirkung für das Gericht.¹⁹

Dieses Ergebnis will Mummenhoff wieder relativieren.²⁰ Nur die Rügen betreffend unverzichtbarer Prozeßvoraussetzungen sollen ein hilfsweise erklärtes Anerkenntnis nicht in seiner Bindungswirkung berühren. Für den vom BGH entschiedenen Fall²¹ der Rüge der internationalen Zuständigkeit meint er: Die belgische Beklagte hätte sich rügelos auf die Verhandlung vor dem - ihrer Meinung nach - international unzuständigen deutschen Gericht einlassen können. (Art. 18, 16 EuGÜ). Sie hätte zwischen der Zuständigkeitsrüge und dem kostengünstigen Anerkenntnis wählen müssen. Es scheint, daß Mummenhoff mit seiner Argumentation allein ein sofortiges (nicht-streitiges) Anerkenntnis im Auge hat. Dabei übersieht er jedoch, daß ein Anerkenntnis in jeder Lage des Verfahrens, bis hin zur Revisionsinstanz, abgegeben werden kann.²² Dies bedeutet, daß dem Anerkenntnis eine Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen auch auf Parteirüge vorausgehen kann.

Verdeutlicht sei dies an folgenden Beispielen:

Bsp. 1: Wendet der Beklagte ein, dem Kläger fehle das Rechtsschutzbedürfnis, ihm stehe ein einfacherer Weg zur Verfolgung seines Prozeßzieles zur Seite, erkennt er aber hilfsweise für den Fall der Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses an, so ist das Anerkenntnis nach der dargestellten und für richtig befundenen Auffassung bindend.

Bsp. 2: Hält man die Entscheidung des BGH²³ entgegen, so kann nichts anderes gelten. Gewiß der Beklagte kann sich rügelos einlas-

sen, daß die Zuständigkeit von daher kein Problem mehr darstellte. Dies liegt aber in seinem freien Entschluß. Verweigert er die rügelose Einlassung, so ist damit noch nicht gegen die Zuständigkeit des Gerichts entschieden. Diese bleibt auf Grund der gesetzlichen Vorschriften zu überprüfen. Vielmehr ist nur eine Lage geschaffen, die der Prüfung nicht verzichtbarer Sachurteilsvoraussetzungen erfordert. Bejaht nun das Gericht seine Zuständigkeit, so ist nicht einzusehen, weswegen das hilfsweise erklärte Anerkenntnis keine Bindungswirkung entfalten sollte. Ein Argument dagegen ist nicht aus dem Umstand zu gewinnen, daß die falsche Beurteilung der unverzichtbaren Prozeßvoraussetzungen trotz Anerkenntnisses die Berufung begründet.²⁴ Dies ist auch bei falscher Beurteilung nach verweigerter rügeloser Einlassung der Fall.²⁵

Als Ergebnis steht somit fest: Ein Anerkenntnis unter prozessualen Einwendungen hilfsweise erklärt, bindet das Gericht, sofern die Sachurteilsvoraussetzungen bejaht werden.

b) Materielle Einwendungen

Das Vorstehende scheint darauf hinzudeuten, daß Anerkenntnisse auch unter Erhebung materieller Einwendungen hilfsweise bindend erklärt werden können. Ist dies nicht eine Folge daraus, daß Anerkenntnisse in jeder Lage des Verfahrens erklärt werden können? Die zunächst hilfsweise Erklärung schadet nicht, da damit keine Unsicherheit in den Prozeß getragen wird.²⁶ Die Erklärung des Anerkenntnisses hängt vom Erfolg einer unbedingten materiellen Einwendung gegen den Klageanspruch ab. Solche Eventualerklärungen sind zulässig.

Bsp.: Der Kläger verlangt vom Beklagten den Mietzins für die einmonatige Nutzung eines PKW. Dieser wendet ein, er habe den PKW geliehen; sollte das Gericht aber ein Mietverhältnis bejahen, erkenne er den Anspruch an.

Diese dargestellte Lage unterscheidet sich nicht von einer bloßen Einwendung eines Leihverhältnisses. Ergibt dann die Beweisaufnahme ein Mietverhältnis, ist es dem Beklagten unbenommen, anzuerkennen.

Die Problematik hilfsweise erklärter Anerkenntnisse wird aber mit dieser Argumentation verkürzt. Denn das Anerkenntnis hat mit den weiteren Bewirkungshandlungen gemeinsam, daß sie das Gericht im

Falle ihrer wirksamen Vornahme einer Sachprüfung entheben. Die bisherige Verhandlung wird wie eine eventuelle Beweisaufnahme bedeutungslos. Hiermit ist nicht in Einklang zu bringen, daß die Wirksamkeit der Erklärung von einer Bedingung abhängt, deren Prüfung dem Gericht gerade erspart bleiben soll.²⁷

2. Entscheidungsmöglichkeit auf Grund des Anerkenntnisses

Materielle Einwendungen schließen das Anerkenntnis gem. § 307 ZPO aus. Der Beklagte unterwirft sich nicht, wie erforderlich, voll dem geltend gemachten Anspruch. Ein Anerkenntnisurteil ist nicht sofort und ohne weiteres möglich.

Doch wie ist es, wenn der klägerische Anspruch, soweit anerkannt wird, vom Gericht sofort entschieden werden kann? Erkennt der Beklagte beispielsweise den klägerischen Anspruch an, rechnet aber gleichzeitig auf, so ist schwer einzusehen, daß das Anerkenntnis nicht binden soll. Hätte der Beklagte nicht aufgerechnet, sondern seine Gegenforderung in einem eigenen Prozeß geltend gemacht, so stünde einem Anerkenntnisurteil nichts im Wege. Gleiche Bedenken bestehen, wenn der Anspruch als solcher anerkannt, die Höhe aber bestritten wird.

a) Vorbehalt der Aufrechnung

Die Geltendmachung der Aufrechnung im laufenden Prozeßverfahren erfolgt aus prozeßökonomischen Gründen. Ein zweiter Prozeß wird vermieden. Wäre keine Aufrechnung im Prozeß erklärt worden, hätte ein Anerkenntnisurteil über die Klageforderung ergehen können. Wird die Gegenforderung nun wirtschaftlich sinnvoller sogleich geltend gemacht, kann nichts anderes gelten. Die Klageforderung wird auch hier unbedingt anerkannt; lediglich die Modalitäten der Erfüllung werden geändert. Es wird das letzte Mittel gewählt, um den klägerischen Anspruch zu Fall zu bringen; eine Gegenforderung wird geopfert.

Mit dem Anerkenntnis braucht das Gericht die Klageforderung nicht mehr zu überprüfen.²⁸ Sie ist entscheidungsreif; das Verfahrens-

recht stellt eine Möglichkeit zur Entscheidung über diesen Anspruch mit § 302 ZPO zur Verfügung, deren Voraussetzungen in den Fällen beschränkter Anerkenntnisse vorliegen.²⁹

Sicherlich ist eine Klageabweisung nicht ausgeschlossen, wenn die Aufrechnung für begründet erachtet wird. Dies ist aber nicht die Folge einer nur teilweisen Unterwerfung unter den Klageanspruch, sondern Folge der Zusammenfassung zweier Prozesse in einem Verfahren. Wirtschaftlich gesehen bekäme der Kläger nicht mehr, machte der Beklagte seine Gegenforderung in einem selbständigen Prozeß geltend. Dasselbe Ergebnis wird nun mit der prozeßwirtschaftlich günstigen Zusammenfassung beider Verfahren erreicht. Der Prozeßwirtschaftlichkeit kommt entgegen Hartmann³⁰ in diesem Bereich daher doch erhebliches Gewicht zu.

Zu betonen bleibt, daß im Falle einer Anerkennung unter gleichzeitiger Aufrechnung kein beschränktes Anerkenntnis im eigentlichen Sinn gegeben ist. Dieses wird an sich unbedingt erklärt, soweit die Klageforderung betroffen ist. Die Vorschrift des § 307 ZPO kann daher direkt angewandt werden.³¹

b) Anerkenntnis in speziellen Verfahren

Weitere Probleme werfen Anerkenntnis - Vorbehaltsurteile in besonderen Verfahrensarten (Urkunden-, Wechsel-, Scheckprozeß) auf. Kann hier ein Anerkenntnis unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren abgegeben werden?

Der bejahenden Ansicht ist zuzugeben, daß § 599 I ZPO nicht verlangt, daß der Beklagte im Vorverfahren dem Klagebegehren entgentreten muß, um den Vorbehalt seiner Rechte im Nachverfahren zu wahren. Ein Widersprechen im Sinne dieser Vorschrift kann auch dann gegeben sein, wenn unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren anerkannt wird. Auch damit bringt der Beklagte zum Ausdruck, daß er das Begehren des Klägers insgesamt nicht hinnehmen will,³² insbesondere muß eine unterbliebene Verteidigung nicht begründet werden.³³

Mit diesem Verständnis ist aber noch nichts im Hinblick auf eine bindende Wirkung eines solchen Anerkenntnisses gesagt. Das Anerkennen unter dem Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren bedeutet kein vollständiges Unterwerfen unter den Klageanspruch. Vor- und Nachverfahren bilden eine Einheit.³⁴ Der Streit setzt sich insgesamt (regelmäßig) fort. Schilkens³⁵ Einwand, § 307 ZPO lasse auch Einschränkungen im Umfang der Unterwerfung zu, ist vom Boden der hier vertretenen Auffassung abzulehnen.

Ebenso geht Schrievers³⁶ Argumentation aus § 703 a II Nr. 4 ZPO fehl. In dieser Vorschrift kommt allein zum Ausdruck, was für das Vorverfahren allgemein gilt. Diese Vorschrift sucht nur ein überflüssiges Vorverfahren zu vermeiden, sofern sich der Beklagte nicht verteidigen will oder kann. Ihm wird vielmehr die Möglichkeit eingeräumt, sofort nach dem Mahnverfahren ins Nachverfahren einzutreten. Für die Bindung an ein Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil gilt aber das eben Gesagte.

c) Anerkenntnis-Grundurteile

Kontrovers werden auch die Anerkenntnis-Grundurteile beurteilt. Ihre Zulässigkeit wird überwiegend abgelehnt.³⁷

Gegen diese ablehnende Auffassung ließe sich auf den ersten Blick einwenden, auf Grund des Anerkenntnisses könne eine gerichtliche Entscheidung ergehen. § 307 ZPO wäre damit Genüge getan. Eine solche Argumentation übersähe aber, daß ein Grundurteil zwar als Endurteil anzusehen ist (§ 304 II 1. Halbs. ZPO), sich der Streit insgesamt jedoch fortsetzt. Grund- und Betragsverfahren sind als Einheit zu sehen. Das Grundurteil erledigt zwar einen (horizontalen) Teil des Streitstoffes,³⁸ nicht aber den Klageanspruch wenn auch nur teilweise.³⁹ Ein Anerkenntnis nur hinsichtlich des Anspruchsgrundes bedeutet daher keine vollständige Unterwerfung unter den Klageanspruch. Eine Bindungswirkung ist ihm zu versagen.⁴⁰

Zudem setzt § 304 ZPO nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte⁴¹ einen Streit über Grund und Betrag eines Anspruches voraus.⁴² Ste-

hen beides in Streit, so soll dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, vorab über den Grund zu entscheiden. Stellt sich dieser als nicht gegeben heraus, kann eine eventuell umfangreiche Beweisaufnahme über den Betrag vermieden werden. Wird aber allein über den Betrag gestritten, so bedarf es keines Urteils über den Grund. Daß dieser nach einer etwa durchgeführten Beweisaufnahme über den Betrag noch streitig werden könnte, ändert hieran nichts. Die Prozeßökonomie erfordert kein Grundurteil. Das Gericht steht nicht anders, als wenn es über Grund und Betrag in einer gemeinsamen Verhandlung zu entscheiden hätte. Bestätigt wird diese Auffassung durch den Wortlaut des § 304 ZPO: "Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ...".

Das Anerkennen eines Anspruchs dem Grunde nach entfaltet keine Bindungswirkung für das Gericht. Der Hinweis, im Betragsverfahren könne eine nachträgliche Unsicherheit über den Grund entstehen, vermag den Erlaß eines Anerkenntnis-Grundurteils nicht zu rechtfertigen.⁴³

d) Anerkenntnis unter dem Vorbehalt beschränkter Haftung

Ein Anerkenntnis unter dem Vorbehalt beschränkter Haftung wird überwiegend für zulässig gehalten.⁴⁴ Der prozessuale Anspruch werde damit nicht beeinträchtigt.⁴⁵

Diese Fallgruppe erinnert weitgehend an die Fälle der Erhebung prozessualer Einwendungen neben dem Anerkenntnis. Der geltend gemachte Vorbehalt beschränkter Erbenhaftung wird im Erkenntnisverfahren nicht überprüft, sondern gem. § 780 ZPO erst auf die Klage im Zwangsvollstreckungsverfahren. Sobald der Einwand im Erkenntnisverfahren erhoben wird, ist der Vorbehalt ohne Sachprüfung in den Urteilstenor aufzunehmen. Eine unbedingte Verurteilung wird daneben nicht gehindert.⁴⁶

Bei Geltendmachung beschränkter Erbenhaftung neben einem Anerkenntnis kann noch vor einer vollständigen Unterwerfung unter den Klageanspruch gesprochen werden. Ein solcherart beschränktes Anerkenntnis entfaltet daher Bindungswirkung gegenüber dem Gericht.

e) Anerkennen einzelner Klageansprüche

Als letztes sei die Fallgruppe untersucht, ob ein Anerkenntnis auf einen von mehreren Klagegründen beschränkt werden kann. Die Meinungen hierzu sind geteilt.⁴⁷

Dem Begehren des Klägers kann mit dem solcherart beschränkten Anerkenntnis voll entsprochen werden. Doch ist damit noch nicht notwendig das Rechtsschutzziel des Klägers erreicht. Es kann durchaus ein Interesse an einem streitigen Urteil fortbestehen⁴⁸ - vorausgesetzt, ein auf einem einzelnen Klagegrund beschränktes Urteil ist überhaupt denkbar.

Allerdings scheint ein solches Parteiverhalten von vornherein schon ausgeschlossen. Der Beklagte könnte solchermaßen Nebenansprüche des Klägers ausschließen oder - falls dies nicht der Fall sein sollte - es würden die Grenzen der Rechtskraft verletzt.

Bsp.: Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadenersatz. Dieser hatte den Kläger in seinem Taxi befördert und dabei grob fahrlässig einen Verkehrsunfall verursacht, bei dem der Kläger verletzt wurde. Nunmehr erkennt der Beklagte einen Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung an.

Dies kann nun zweierlei bedeuten: Das Gericht ist an das Anerkenntnis gebunden und hat dem Klageanspruch aus dem Gesichtspunkt der pVV zuzusprechen. Dafür spricht zunächst, daß der Klage aus dem bereitesten Grund stattzugeben ist.⁴⁹ Allerdings wäre dann ein etwaiger Schmerzensgeldanspruch im späteren Verfahren ausgeschlossen. Denn ein solcher besteht nur, bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung. Deren Prüfung ist aber wegen der rechtskräftigen Entscheidung ausgeschlossen.

Als zweite Möglichkeit böte sich an, den materiellen Streitgegenstandslehren zu folgen. Eine neue Klage aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung bliebe danach möglich. Dann allerdings müßte jede Entscheidung den Rechtsgrund im Tenor enthalten.

Die aufgezeigten Modalitäten zeigen den Widersinn derartigen Verhaltens. Der alte materielle Streitgegenstandsbegriff kann heute als überwunden gelten. Damit bliebe an sich nur die erste Variante, wollte man eine Bindungswirkung bejahen. Kann mit ihr aber ein

Nebenanspruch abgeschnitten werden, so bedeutet dies, daß das Interesse des Klägers am streitigen Urteil das Anerkenntnis überwiegt.

Auf einen Klagegrund von mehreren beschränktes Anerkenntnis ist unzulässig.

Anmerkungen:

- 1) So der Fall BGH, JZ 1976, 607 m. Anm. Mummenhoff.
- 2) Zum Eventualantrag vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 IV 3 a.
- 3) So die herrschende Meinung, siehe oben § 13 III 1.
- 4) Für Zulässigkeit: BAG, NJW 1972, 1216; BGH, JZ 1976, 607; Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2 a; Zöller-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 9; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2; Arens, ZZP 83 (1970, 472; Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293; ders., JZ 1976, 609; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (178 ff.); Wolf, Anerkenntnis, S. 74 ff.; a. M. RG, WarnRspr 28 (1936), 61; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. I 1; Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. B II b 1; Baumgärtel, Wesen und Begriff, S. 148; Hegler, Beiträge, S. 24; Süss, Wirkungsgrenzen, S. 133 ff.
- 5) Vgl. oben § 13 III 1.
- 6) So Hegler, S. 11; Hellmann, IherJahrb 31 (1892), 79 (129 ff. bes. S. 134); Süss, Wirkungsgrenzen, S. 94 ff.
- 7) Hegler, S. 11 ff.
- 8) So BGH, JZ 1976, 607 m. Anm. Mummenhoff; Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (296 ff.).
- 9) Vgl. BGHZ 10, 333 (335); Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 5; Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (296 ff.); ders., JZ 1976, 609; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 ff.; Wolf, Anerkenntnis, S. 60, 75 ff.; vgl. auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 1.
- 10) Richtig Wolf, Anerkenntnis, S. 60, wobei eine Folgerung, das Anerkenntnis müsse sich deshalb auf das materielle Rechtsverhältnis beziehen, nicht zwingend ist.
- 11) Anerkenntnis, S. 75.
- 12) Anerkenntnis, S. 60.
- 13) S. 11 ff.

- 14) So Hegler, S. 11 ff.
- 15) Wolf, Anerkenntnis, S. 75.
- 16) Belanglos ist, ob er hofft, das Gericht werde den Mangel im Wege der Amtsprüfung berücksichtigen, oder ob er sich bei Behebung des Fehlers in der Sache keine Chancen ausrechnet.
- 17) Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (307).
- 18) Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 166 ff.
- 19) Mummenhoff, ZZP 86 (1973), 293 (307); Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2; Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 9; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2; BGH, JZ 1976, 607; a. M. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A a. E.
- 20) JZ 1976, 609.
- 21) JZ 1976, 607.
- 22) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 B; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. II 3; Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. B I a.
- 23) JZ 1976, 607.
- 24) So Mummenhoff, JZ 1976, 609 unter Berufung auf BGH, FamRZ 1974, 246.
- 25) Dies zeigt der Fall BGH, JZ 1976, 607.
- 26) Vgl. allgemein Rosenberg-Schwab, ZPR, § 65 IV 2; Kion, Eventualverhältnisse, S. 43 ff. m. w. N.
- 27) Kion, Eventualverhältnisse, S. 127.
- 28) RGZ 42, 320; OLG Frankfurt, MDR 1978, 583; Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2; Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. B II b 2; Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 7; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2; Arens, ZZP 83 (1970), 356 (362); Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (131); Grunsky, Grundlagen, § 10 I; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (180 ff.); Wolf, Anerkenntnis, S. 90, 91; a. M. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. I 1.
- 29) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A; wie hier Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 7.
- 30) A. M. Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2, die § 307 ZPO analog anwenden wollen.
- 31) Bejahend: OLG München, MDR 1963, 603; auch OLG Koblenz, MDR 1956, 560; BAG, NJW 1972, 1216; Bruns, ZPR, § 58 II 2 a; Zeiss, ZPR, § 56 I; Stein-Jonas-Grunsky,

ZPO, 19. Aufl., § 599, Anm. I 2; Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2 a cc; Zöller-Schneider, ZPO, § 599, Rdnrn. 7, 8; Künkel, NJW 1963, 1041; Möller, NJW 1963, 2031; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (179 ff.); Schopp, ZZP 69 (1956), 1; Schriever, MDR 1979, 24; ablehnend: RG, LZ 1907, 906; OLG Dresden, Sächs Ann 22, 550; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. I 1; Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. B II b 2; Nikisch, ZPR, § 66 II 1; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 164 III 5 d; Göppinger, ZZP 70 (1957), 221 (227); Kleinwächter, NJW 1957, 737; Schroer, JZ 1955, 153; Schwab, JZ 1954, 620 ff.

- 32) Richtig Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (180); a. M. Kleinwächter, NJW 1957, 737 ff.
- 33) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, 19. Aufl., § 599, Anm. I 2.
- 34) Vgl. nur Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, 19. Aufl., § 600, Anm. I; Thomas-Putzo, ZPO, § 600, Anm. 1.
- 35) ZZP 90 (1977), 157 (179); vgl. auch Zöller-Vollkommer, ZPO, zu § 307, Rdnr. 7.
- 36) MDR 1979, 24.
- 37) RG, HRR 1935, Nr. 254; RG, Seuff Arch 88 (1934), Nr. 13; RG, ZZP 55 (1930), 422; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307, Anm. I 2 m. w. N.; Rosenberg, ZZP 55 (1930), 422 ff.; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (181 ff.); Süss, Wirkungsgrenzen, S. 92; a. M. Wieczorek, ZPO, § 306, Anm. B II b 2; Zöller-Vollkommer, ZPO, in § 307, Rdnr. 7; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 134 IV 2; Arens, ZZP 83 (1970), 356 (361 ff.); Wolf, Anerkenntnis, S. 92; vgl. auch OLG Schleswig, VersR 1980, 726.
- 38) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 304, Anm. 1
- 39) BGH, VersR 1979, 25.
- 40) A. M. Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (181).
- 41) Vgl. Hahn, Mat. II, S. 218 (Begründung des Entwurfs) (§ 266 RCPO (1877)).
- 42) RGZ 129, 395; OLG München, NJW 1953, 348; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 304, Anm. I 2; Thomas-Putzo, ZPO, § 304, Anm. 1 b; Rosenberg-Schwab, ZPR, § 58 IV 1; Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (181 ff.).
- 43) Wolf, Anerkenntnis, S. 67 ff., 92; zustimmend Arens, ZZP 83 (1970), 361 (362).
- 44) RGZ 67, 154; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 307,

Anm. I; Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2; Wieczorek, ZPO, I 306, Anm. B II b 3; Zöller-Vollkommer, ZPO, § 307, Rdnr. 7; Arens, ZZP 83 (1970), 361 (362); Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (179); Wolf, Anerkenntnis, S. 76 ff.; a. M. Hellwig, System I, § 149 II 1.

- 45) Thomas-Putzo, ZPO, § 307, Anm. 2.
- 46) Thomas-Putzo, ZPO, § 305, Anm. 1 b.
- 47) Verneinend: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, § 307, Anm. 2 A; Zöller-Vollkommer, ZPO, Vorb. §§ 306, 307, Rdnr. 2; Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (132 ff.); a. M. Arens, ZZP 83 (1970), 361 (362); Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (182 ff.); Süss, Wirkungsgrenzen, S. 94; Wolf, Anerkenntnis, S. 77 ff.
- 48) Zutreffend Baumgärtel, ZZP 87 (1974), 121 (132 ff.); a. M. Schilken, ZZP 90 (1977), 157 (183); Wolf, Anerkenntnis, S. 12.
- 49) Richtig: Wolf, Anerkenntnis, S. 12.

V Ergebnis

Entgegen der verbreiteten Literaturmeinung sind sog. beschränkte Anerkenntnisse nicht zulässig. Mangels vollständiger Unterwerfung unter den Klageanspruch werden sie von § 307 ZPO nicht gedeckt. Auf ein beschränktes Anerkenntnis hin kann keine sofortige gerichtliche Entscheidung ergehen, was aber nach dem zivilprozessualen Anerkenntnisbegriff unabdingbar ist.

Von diesem Grundsatz sind drei, wenn auch unechte, Ausnahmen gegeben. Ein hilfsweise erklärtes Anerkenntnis (Anerkenntnis unter Erhebung prozessualer Einwendungen) ist ebenso statthaft, wie ein Anerkenntnis unter dem Vorbehalt der Aufrechnung oder unter dem Vorbehalt beschränkter Erbenhaftung. In allen Fällen unterwirft sich der Beklagte dem Klageanspruch unbedingt. Seine Einwendungen betreffen Fragen, die vom Gericht ohnehin zu prüfen wären (Sachurteilsvoraussetzungen) oder von diesem ohne weiteres zu unterstellen sind bzw. die für das Verfahren auf Grund der Verbindung zweier Rechtsstreite - aus Gründen der Prozeßökonomie erheblich werden. Ein beschränktes Anerkenntnis im eigentlichen Sinn liegt in diesen Fällen nicht vor.

§ 14 Zusammenfassung der ErgebnisseI Erster Hauptteil

1. Im Zivilprozeß nach unserer heutigen Zivilprozeßordnung ist eine Parteifreiheit in dem Sinne anzuerkennen, daß die Parteien bestimmen, was Streitstoff wird, welche tatsächlichen Behauptungen beweisbedürftig werden und daß sie grundsätzlich auch den Beweis bestrittener Tatsachen erbringen. Nur im letzten Punkt ist eine Modifizierung auf Grund der prozessualen Vorschriften zu erkennen.
 - a) Die Vorschriften der §§ 139 I, 141 I ZPO berühren die Parteifreiheit nicht. Hat auch das Gericht die Verpflichtung, an der Stoffsammlung mitzuwirken, bleibt die Einführung neuen Tatsachenstoffes doch im Belieben der Parteien.
 - b) Gleiches gilt für die Vorschriften der §§ 136 III, IV, 437 II, 510 ZPO. Die §§ 437 II, 510 ZPO betreffen unmittelbar die Beweiswürdigung und haben keinen Aussagegehalt für die Stoffsammlung. § 136 III, IV ZPO überbürdet dem Gericht eine Mitverantwortung an der Tatsachenaufklärung, gibt aber keine Handhabe zu eigenen Ermittlungen.
 - c) Das Gericht kann nicht im Wege des § 286 ZPO Tatsachenaufklärung betreiben. Das Verhalten der Parteien im Prozeß kann nur gewürdigt werden, wenn ihm unmittelbare Bedeutung für den Verfahrensablauf zukommt; ansonsten kommt den Parteien außerhalb der Parteivernehmung kein Beweiswert zu.
 - d) Eine Modifizierung der Parteifreiheit besteht insoweit, als das Gericht mit Ausnahme von Zeugenbeweis auch amtswegig Beweis erheben kann. Allerdings bleibt die Bestimmung der Beweisbedürftigkeit in der Hand der Parteien.
2. Die Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO gibt dem Gericht keine Handhabe zur Amtsermittlung. Die Erforschung des wahren Sach-

verhalts ist nicht Zweck des Verfahrens; dieser liegt in der Gewährung von Rechtsschutz mit der Intention der Bewährung des objektiven Rechts. Mit der Wahrheitspflicht ist weder eine sog. "materielle" Wahrheit gesetzlich verankert, noch die "formelle" Wahrheit ausdrücklich ausgeschlossen; damit ist lediglich klar- gestellt, im Prozeß solle der tatsächliche Geschehensablauf "im Rahmen des Menschenmöglichen" Urteilsgrundlage werden, ohne aber dem Gericht eine umfassende Aufklärungspflicht zuzu- diktieren.

3. Nach alledem ist es den Parteien möglich über einfache Tat- sachen zu disponieren. Dies gilt auch hinsichtlich bewußt auf- gestellter falscher Behauptungen. Eine Einschränkung gilt bei offenkundigen Tatsachen. Diese unterliegen der Parteidisposi- tion nur, soweit sie einen eigenen Anspruch gewähren bzw. ein eigenes Einwendungsrecht geben. Füllen sie lediglich bereits aufgestellte Behauptungen der Parteien aus, sind sie von Amts wegen zu beachten.

II. Zweiter Hauptteil

1. Die Möglichkeit der Parteien zu Dispositionen über Rechtsfragen ist nicht anzuerkennen. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG; § 1 GVG) setzte voraus, daß die Dispositionsmöglichkeit im Verfahrensgesetz bzw. in der Rechts- ordnung zugelassen wäre; dies ist aber nicht der Fall.
 - a) Eine ausdrückliche gesetzliche Normierung fehlt. Die gesetz- lich eingeräumten Dispositionsmöglichkeiten führen jeweils zur Vollbeendigung des Rechtsstreits. Auch die Möglichkeit zu Teil- dispositionen führt wegen der Verschiedenheit der Ausgangsla- gen zu keiner entgegengesetzten Beurteilung.
 - b) Die materielle Privatautonomie erfordert keine Entsprechung im Verfahren. Verfahrensd dispositionen haben hinsichtlich deren Bindungswirkung (Anfechtbarkeit) unterschiedliche Auswirkungen.

Die Annahme einer prozessualen Parallele zur Privatautonomie führte zu einer Akzentverschiebung.

- c) Gleichfalls kann die sog. tatsächliche Parteifreiheit nicht als Dispositionsgrundlage herangezogen werden. Auch hier fehlt die Kongruenz von prozessualer und materieller Befugnis.
2. Eine Rechtsdisposition ist auch für das Rechtsmittelverfahren nicht anzuerkennen. Die Vorschriften der §§ 525, 537 ZPO statuieren eine umfassende Pflicht des Rechtsmittelgerichts die Rechtslage zu überprüfen. Aber auch eine Disposition dergestalt, daß sich die Parteien eine vertretbare Rechtsansicht des Erstrichters zueigen machen, ist nicht gangbar. Dies käme durch die Nachprüfung der Vertretbarkeit einer vollständigen Überprüfung gleich.
3. Eine Ausnahme gilt für sog. "einfache" Rechtsfragen, soweit diese Rechtstatsachen betreffen. Allerdings sind Rechtstatsachen doppelrelevante Begriffe tatsächlicher Natur, die auch in der Rechtssprache Eingang gefunden haben. Diese Rechtsnatur ermöglicht den Parteien Abreden über derartige Umstände.
4. Beschränkte Anerkenntnisse sind nicht anzuerkennen. Deren Bindung kann nicht aus § 307 ZPO abgeleitet werden; diese Vorschrift verlangt eine vollständige Streiterledigung. Eine unmittelbare Prozeßbeendigung der Anerkenntnisse ist nicht gegeben; solche Anschauung widerspricht Wortlaut und Sinn von § 307 ZPO.

Eine unechte Ausnahme ist aber dann gegeben, wenn ein Anerkenntnis hilfsweise unter Erhebung prozessualer Einwendungen erklärt wird. Ein Anerkennen der Sachurteilsvoraussetzungen ist nicht geboten.

Gleiches gilt für den Fall eines Anerkenntnisses unter dem Vorbehalt der Aufrechnung und unter dem Vorbehalt beschränkter Haf-

tung. Das Anerkenntnis-Vorbehaltssurteil führt nur zum selben Ergebnis, als wäre der Aufrechnungsanspruch in einem gesonderten Verfahren geltend gemacht. Der Vorbehalt beschränkter Haftung ist von Amts wegen zu beachten.

Lebenslauf

Am 31. Dezember 1955 wurde ich, Reinhard Josef Künzl, als Sohn des Bauleiters Albin Künzl und seiner Ehefrau Theresia in Pressath/Opf. geboren. Ab September 1962 besuchte ich die Volksschule in Pressath, anschließend ab September 1966 das Kepler-Gymnasium in Weiden. Dort legte ich im Juni 1975 die Abiturprüfung (mathematisch-naturwissenschaftlicher Zweig) ab.

In der Zeit vom 2. Juli 1975 bis 30. September 1976 leistete ich meinen Grundwehrdienst.

Ab dem Wintersemester 1976/77 studierte ich Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Dort legte ich im Dezember 1980 die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

In der Zeit vom 1. Februar 1981 bis 30. November 1983 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg tätig. Am 6. März 1981 wurde ich beim Oberlandesgericht Nürnberg in den Juristischen Vorbereitungsdienst aufgenommen. Im September 1983 legte ich die Zweite Juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1. Dezember 1983 bin ich als Richter zunächst beim Arbeitsgericht Würzburg, unter gleichzeitiger Abordnung zum Landesarbeitsgericht Nürnberg tätig. Mit Wirkung vom 1. Juni 1984 wurde ich zum Arbeitsgericht Regensburg versetzt.

Ich bin seit 29. Mai 1981 mit Petra Künzl, geb. Graser, verheiratet. Am 25. Januar 1984 wurde unsere Tochter Christina geboren.

